

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Diligencia y negligencia en el cumplimiento : estudio sobre la
prestación de trabajo debida por el trabajador**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Germán Barreiro González

DIRECTOR:

Manuel Alonso Olea

Madrid, 2015

Tesis doctoral

DILIGENCIA Y NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO

Estudio sobre la prestación de trabajo debida
por el trabajador.

Presentada por:

Germán Barreiro González

Dirigida por:

Prof.Dr.D. Manuel Alonso Olea

MADRID 1978



BIBLIOTECA
DE DERECHO

I: DESARROLLO HISTORICO Y JURIDICO DE LA DILIGENCIA

Pág.

1.LA SITUACION HISTORICA EN EL DERECHO ROMANO

1

I.La culpa. Su origen y desarrollo

II. La diligencia en el derecho Preclásico y Clásico

4

1. Introducción. El derecho Clásico como verdadero inspirador de la culpa y diligencia.

2. El desarrollo de la culpa y diligencia como presupuesto de la progresiva ampliación de la responsabilidad del obligado. La "fides", y su influencia en esta evolución jurídica.

5

A. El binomio "fides-diligentia".

B. La incardinación de la buena fe en las acciones "in factum", como criterio de ampliación de la responsabilidad.

7

a) Acciones "in ius y acciones "in factum".

b) Objetivización de la fides. Su transformación jurídica en "bona fides".

c) Diligentia et fides en las relaciones gestoras privadas: la negotiorum gestio y el depósito como casos más relevantes.

9

C. Iudicia stricti iuris y iudicia bonae fidei.

11

a) Su contraposición e incidencia sobre la culpa y responsabilidad.

b) La Buena Fe como criterio de medida y valoración del débito del obligado.	13
III. <u>Culpa y diligencia en el derecho Postclásico y Justiniano.</u>	14
1. Introducción. La falta de diligencia como presupuesto de la culpa. El binómico "culpa et diligentia".	
2. Graduación y especificación de la culpa. La aparición y aplicación de modelos ideales de conducta.	16
A. Introducción.	
B. Parámetros de conducta.	17
a) Criterio abstracto y criterio concreto	
b) Su influencia en la graduación.	18
C. Posición esquemática en la graduación de la culpa y diligencia.	
3. La culpa "in abstracto".	20
A. La figura del "bonus et diligens pater familias"	
a) Origen y evolución.	
b) Idealidad y abstracción. Sus límites.	22

B. La graduación de la culpa in abstracto.	24
a) Culpa levis.	
b) Culpa lata.	26
4. La culpa "in concreto".	29
A. La "diligentia quam suis". La referencia a la habitualidad en la conducta. Su problemática.	
B. ¿Culpa lata como lesión de la diligentia quam suis?.	32
5. El supuesto especial de la "culpa levissima".	35
A. La exactissima diligentia.	
B. La exactissima diligentia como premisa de la culpa ficticia en los supuestos "in custodian do". Semejanza en el tratamiento de los supues tos "in eligendo" o "in vigilando".	37
6. La "utilitas contrahentium" y su influjo sobre la diligencia.	42
2. <u>LA SITUACION HISTORICA EN EL DERECHO INTERMEDIO</u>	44
I. <u>Introducción.</u>	
1. La primacía del carácter objetivo.	

2. La vuelta a los esquemas romanos	45
II. <u>La posición del derecho medieval.</u>	46
1. "Mínima" diligencia e "imperitia".	
2. La "exacta" diligencia.	48
3. "Exactissima" diligencia. Dulcificación del criterio.	50
4. La diligencia "quam suis".	53
III. <u>Panorama general en el derecho español.</u>	54
1. Régimen de libertad en el trabajo y poder directivo.	
2. Los usos y los fueros.	58
3. Referencia a la Legislación de Indias.	61
3. JUICIO CRITICO Y RESULTADO.	65

III. <u>LA DILIGENCIA EN LA RELACION JURIDICA DE TRABAJO</u>	
1. <u>DILIGENCIA DEBIDA Y DEBER DE PRESTACION DEL TRABAJADOR.</u>	176
I. Consideraciones generales.	
1. Manifestaciones.	
2. Naturaleza jurídica.	178
II. Posición jurídica y de hecho de la diligencia en el marco de la prestación de trabajo.	181
1. Diligencia y contenido de la prestación.	
A. Actividad y tarea a realizar.	
B. Ampliación del contenido.	186
a) Trabajos adicionales.	187
b) Cambios eventuales de actividad "Ius variandi"	191
C. Contratación para cualquier actividad.	198
2. Diligencia y prestación debida.	202
A. Introducción.	
a) Prestación y resultado.	203
b) Prestación y actividad.	205

B. Actividad y resultado en la prestación de servicios.	208
a) Insuficiencia en la concepción civil.	
b) La interpretación laboral.	214
3. La medida de la diligencia exigible.	222
A. El art. 60 LCT.	
B. Subjetividad y objetividad en la diligencia del trabajador.	224
C. Tensión entre lo subjetivo y lo objetivo.	226
D. La relevancia de la costumbre.	239
2. <u>DILIGENCIA DEBIDA E INEPTITUD.</u>	252
I. Cumplimiento defectuoso de la prestación a causa de ineptitud originaria del trabajador.	
1. Introducción.	
A. Consideraciones generales.	
B. La asunción inicial de la culpabilidad. Su problemática.	255

2. Culpa in contrahendo del trabajador.	262
A. Diligencia debida al tiempo de la <u>celebración</u> del contrato.	
a) Fundamento.	
b) Contenido.	264
b-1) Exámen de sus fuerzas y capacidad de trabajo.	
b-2) Deberes de omisión, declaración y <u>mani</u> festación.	265
B. Lesión de la diligencia precontractual.	271
3. Culpa in contrahendo del empresario.	281
A. La diligencia precontractual del empresario.	
a) Introduucción.	
b) Fundamento.	282
c) Contenido.	283
c-1) Deber de manifestación.	
c-2) Selección de la capacidad y aptitud del trabajador.	285

B. Lesión de la diligencia precontractual.	287
4. Culpa in contrahendo en el período de prueba	297
II. Cumplimiento defectuoso de la prestación a causa de ineptitud sobrevenida del trabajador.	300
1. Ineptitud sobrevenida propia.	302
A. Negligente ineptitud sobrevenida.	305
a) Previsibilidad y evitabilidad.	
b) Toma de actitud del trabajador.	309
B. Deber de comunicación.	312
2. Ineptitud sobrevenida impropia.	313
A. La postura jurisprudencial.	
B. Su verdadero carácter de negligencia "inexcusable".	316
III. Diligencia e ineptitud en el período de prueba.	320
1. Carácter especial de la diligencia.	

2. Objetividad. Falta de aptitud.	325
A. Margen de flexibilidad.	
B. Sus límites.	326
3. Subjetividad. La conducta personal del trabajador.	330
4. Juicio crítico.	335
3. <u>DILIGENCIA DEBIDA. SU RELACION CON EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA REMUNERACION.</u>	342
I. El ámbito temporal de la diligencia.	
1. La relación de trabajo como relación de tracto sucesivo.	
A. Consideraciones generales.	
B. Su relevancia para el tratamiento de la diligencia debida.	344
2. Tiempo de trabajo y diligencia.	346
A. Consideraciones generales.	
B. La jornada de trabajo. Su relación e influencia con la productividad.	348

C. Supuestos especiales.	354
a) Jornada flexible de trabajo.	
a-1) Consideraciones generales.	
a-2) Sus efectos sobre la diligencia debida.	358
b) Tiempo de trabajo dependiente de la ejecución o conclusión de la tarea asignada.	369
II. Diligencia debida y remuneración.	372
1. Diligencia en trabajos remunerados a tiempo.	375
A. Consideraciones generales.	
B. Tiempo "diligentemente trabajado".	381
a) Sujección y no discrecionalidad del trabajador.	
b) La intensidad y el esfuerzo "debidos".	384
b-1) Referencia a la objetividad.	385
b-2) Referencia a la subjetividad.	389
b-2-a) El margen "hacia abajo".	391
b-2-b) El margen "hacia arriba".	395

C. Remuneración a tiempo como remuneración a rendimiento.	411
2. Diligencia en trabajos remunerados a rendimiento.	414
A. Salario por unidad de obra.El destajo.	
a) Introducción.	
b) El inciso 1 del pf.2 art.38 LCT.El destajo "puro"	416
c) El inciso 2 del pf.2 art.38 LCT.	419
c-1) Referencia a la objetividad.	422
c-2) Referencia a la subjetividad.	424
B. Salarios mixtos a tiempo y a rendimiento	432
a) Consideraciones generales.	
b) El rendimiento normal.	434
b-1) Su problemática.	
b-2) Características y naturaleza. La relevancia de la intensidad.	444

c) Las primas o incentivos.	452
c-1) Primas a la cantidad y a la calidad.	453
c-2) Primas a la conducta,	460
c-3) Concurrencia de primas y traslacción de la diligencia.	464
c-4) La diligencia adecuada.	467
d) La disminución del rendimiento.	473
d-1) La posición jurisprudencial.	
d-1) Juicio crítico.	483
4. <u>DILIGENCIA DEBIDA Y CAUSACION DE DAÑOS O DEFECTOS CON MOTIVO DE LA EJECUCION DE LA PRESTACION</u>	502
I. Consideraciones generales.	
II. Diligencia debida y faltas típicas en la relación de trabajo.	506

1. Error o fallo típico "diligente".	511
2. Error o fallo típico "negligente".	517
A. Imperfección humana y carácter duradero de la relación de trabajo.	"
B. La negligencia como cuestión cuantitativa	522
a) Frecuencia o repetibilidad de la falta.	
b) Falta cometida una sola vez.	526
III. Diligencia y responsabilidad del trabajador	531
5. <u>LA "LABORALIZACION" DE LA CONDUCTA EXTRALABORAL</u> <u>DEL TRABAJADOR.</u>	537
I. Consideraciones generales.	
II. Deber de mantenimiento de la salud y capaci- dad productiva.	544
1. Posiciones doctrinales.	
2. Juicio crítico.	547
III. Conducta privada del trabajador y diligen- cia debida.	557
1. Introducción.	

2. La diligencia exigible.	564
A. Medida general de aplicación.	
B. Errores típicos.	567
C. Negligencia grave.	570
D. La relevancia del contrato.	574
IV. Supuestos especiales.	582
1. Faltas de puntualidad y asistencia al tra bajo.	
A. Introducción.	
B. Reiteración e injustificación	583
C. Su problemática en relación con la conduc ta negligente del trabajador.	586
D. Algunas medidas empresariales como remedios jurídicos.	596
a) Amonestaciones o apercibimientos.	
b) Primas por asistencia y puntualidad.	598

c) Sanciones empresariales.	603
2. La detención del trabajador.	607
A. Introducción. Su problemática.	
B. Manifestaciones fundamentales.	609
a) Detención gubernativa.	610
b) Arresto sustitutorio.	
c) Prisión provisional.	611
d) Condena del trabajador.	613
C. Juicio crítico.	615
3. Cumplimiento de deberes de más alto rango	627
A. Negligencia y causa de justificación de la conducta.	628
B. La relevancia del interés privado o personal del trabajador.	633
4. Conducta del trabajador con posterioridad al hecho causante del impedimento. El deber de comunicación.	635
6. CONCLUSIONES	645
BIBLIOGRAFIA	
ABREVIATURAS	

I.- DESARROLLO HISTORICO Y JURIDICO DE LA DILIGENCIA

1.-LA SITUACION HISTORICA EN EL DERECHO ROMANO

I.-La culpa. Su origen y desarrollo

La noción de la diligencia se mantuvo a través de la historia literaria y jurídica, más o menos inalterada en cuanto a lo que quería representar o significar: cuidado, esmero, cura escrupulosa, interés, habilidad, actividad, celo (1)

El término diligencia fué utilizándose paulatinamente en el lenguaje de los juristas y literatos para designar aquella conducta cuidadosa y esmerada que debía observar quien desarrollaba una función gestora en los intereses ajenos o debía cumplir una obligación.

Al hacerse necesario conformar y modelar la conducta que debía prestar el obligado, aparece en escena el -- término diligencia, subsistiendo de esta manera hasta nuestros días. La aplicación de la diligencia a la conducta que debía prestar el obligado, originará la responsabilidad de este, caso de no ajustar su conducta a aquella que la diligencia preconiza.

Se fué conformando así la figura de la culpa como la - vertiente negativa y sancionadora de la falta de diligencia en el obligado a realizar una determinada con-- ducta, de tal manera que el obligado que no haya pres-- tado en su actividad o comportamiento la diligencia por él debida, será reo de culpa y consiguientemente será - llamado a responder.

En el campo de las relaciones humanas, en cuanto que estas pueden tener relevancia jurídica, se hace de todo - punto necesario determinar la conducta del obligado en orden a fijar su responsabilidad para el caso de que la

actuación de este lesione el ordenamiento jurídico. La responsabilidad del deudor será más o menos grave en consonancia con la conducta que él mismo haya seguido.

Si bien en lo que toca a la responsabilidad civil, hay bastante incertidumbre en cuanto a su desarrollo, se puede -- sin embargo decir que la responsabilidad del deudor se ha -- encuadrado históricamente de una parte entre el dolo, estando situado en su extremo opuesto el caso fortuito.

Históricamente el derecho romano fué desarrollando de manera paulatina los casos intermedios que se encontraban entre el dolo y el caso fortuito, al estudiarse los elementos anímicos y materiales de la conducta del obligado, creando por así decirlo unas escalas de valoración referentes a la actividad del mismo, quien al lesionar la que en su caso le correspondiera quedaría sujeto a la responsabilidad que tal -- lesión conllevase.

La evolución de la noción de la diligencia se caracteriza -- por la progresiva y paulatina superación de la oposición -- que originariamente existía entre dolus y casus. Esta superación va a traer a la escena jurídica, la idea de la culpa.
(2)

El origen de la culpa así como su posterior desarrollo, no se encuentra del todo claro, quizás debido entre otras co--sas a la falta de exactitud de expresión en las fuentes. Probablemente la idea más primitiva del concepto de culpa, aparece ya en el campo delictual, concretamente con la "lex - Aquilia", pasando ya con un desarrollo posterior al campo -- contractual romano, investigando los juristas en diversos -- fragmentos de dicha ley la noción de culpa como idea distinta y diferenciada del dolus y del casus. (3)

La culpa, como portadora de una conducta meramente deshonesta o incorrecta, frente al dolo como portador de la inten--

cionada o maliciosa infracción de la obligación, al llevarse al campo de las relaciones contractuales, irá ganando -- progresivamente consistencia y autonomía propia, ampliando progresivamente la esfera de la responsabilidad del obligado. (4)

- (1) Había ya indicado CICERON que la virtud de "diligentia" llevaba en sí comprendidas las cualidades y características de cura, attentio, animi cogitatio, vigilantia, - asiduitas y labor. (De or. 2, 35, 150, en CANCELLI. "Diligentia". Enciclopedia del Diritto XII, pág.517).
- (2) Interesante a este respecto, el ejemplo de PAULO, recogido por GOMEZ DE LA SERNA, en su comentario al primer y tercer capítulo de la Ley Aquilia: "Si alguno pegara fuego a un rastrojo o a un zarzal suyo, y el fuego saliendo de su heredad causare daño a mies o a viña ajena, si esto hubiere sucedido por impericia o por negligencia, por ejemplo, si lo hiciera en un día de viento, entonces será responsable, porque el que da ocasión al daño, se entiende que ha hecho el mismo daño: otro tanto debe decirse de aquel que no estuvo a la mira o no adoptó las disposiciones convenientes para que no saliese el fuego de su heredad; pero si después de observar las reglas que la prudencia dicta sucediera el mal, por ejemplo, por haberse levantado repentinamente un viento fuerte, estará exento de culpa y por lo tanto no quedará obligado por este capítulo de la Ley Aquilia".
- (3) JUAN IGLESIAS. Derecho Romano. Barcelona. 4 edc. págs. 457 y 458. KUNKEL W. Diligentia. SZ 45 (1925) pág. 344 cfr.

ARANGIO RUIZ. Responsabilità contractuale in diritto - romano. Napoli 1958. págs. 226 y ss.

- (4) v. D'ORS A: Derecho Privado Romano. Pamplona 1968, pág. 353; BUCKLAND, "Diligens pater familias", in Studi in onore di P.Bonfante, II. Pavia 1930 págs. 85 y ss.

II.- La diligencia en el derecho preclásico y clásico

1.- Introducción. El derecho clásico como verdadero inspirador de la culpa y diligencia.

La oscuridad y ambigüedad tanto de las fuentes como de los textos antiguos hacen de muy difícil, si no de imposible realización, el precisar con claridad el momento exacto de la aparición de la culpa o negligencia como tales. La jurisprudencia del derecho clásico ve ya en las relaciones contractuales nociones de imputabilidad distintas del dolo en base a la aparición de los -- denominados juicios de buena fe, que como veremos, y -- en contraposición a las relaciones de derecho estricto, van a potenciar el desarrollo de la culpa. (1) Es el derecho clásico el que parece adopta ya de manera -- propia el término de culpa, constituyéndose así en su verdadero introductor. A partir de la República tardía, se va en efecto relajando el concepto, de responsabilidad por dolo y ya en el período clásico la culpa es -- mencionada de manera expresa al lado del dolo en la actio tutelae. (2)

Consiguientemente con la introducción por el derecho -- clásico de la noción de culpa, se introduce en este -- mismo período el correlativo de la diligencia. (3) En tal período sin embargo viene la noción de diligencia solamente referida como exponente de la relación jurídica que implica una actividad gestora y administrativa, que encierra la existencia del deber de escrupulosa actividad en su cumplimiento, frente a la sola consideración de la premeditada intención de perjudicar. (4)

Tal evolución trae como consecuencia más resaltable, -- que el "negligere" no abarcará solamente aquella conducta contraria a la diligencia que dejaría ya al descubierto elementos dolosos en la acción del obligado; sino que también se extenderá al descuido o relajamien

to en la observancia de la conducta debida, con lo que se em-
pieza a introducir de manera paulatina elementos abstractos
en los criterios de conducta que debe observar el obligado.
(5)

- (1) Sobre la cuestión de si es clásica o no la contraposición entre los iudicia stricti iuris y los iudicia bonae fidei, frente a una extensa opinión general que se expresa afirmativamente, no faltan contradicciones, como por ejemplo BIONDI, quien niega que tal contraposición sea clásica -- (BIDR.32.1922.págs.61 y ss.).
- (2) Así, MAX KASER. Derecho Privado Romano. 5 edic. Madrid - 1968. págs. 167 y ss.
- (3) En este sentido JUAN IGLESIAS. Derecho... cit.pág.458.
- (4) GANCELLI. ob.cit.pág.cit.
- (5) La culpa, indica DE FRANCISCI, ("Sintesi Storica del diritto romano", Roma 1962, pág.370), está casi siempre en los textos clásicos para expresar un nexo causal objetivo.

2.El desarrollo de la culpa y diligencia como presupuesto de la progresiva ampliación de la responsabilidad del obligado. La "fides" y su influencia en esta evolución jurídica.

A. El binomio "fides-diligentia"

Comenzando ya la culpa en esta etapa a concebirse en cierto modo como la desviación de un modelo ideal de conducta -si bien todavía no muy determinado y concretizado, modelo que por otra parte no sufriría graduaciones hasta la etapa post clásica y justinianeas- se hacía necesario dotar a la noción de la diligencia de un complemento para la mejor modelación de la conducta a la que debía atenerse el obligado.

Se dió así entrada a la fides como noción completa a la de la diligencia. La estrecha relación que a partir de -- ahora va a surgir, tendrá lugar sobre todo en el ámbito de las relaciones sociales, donde la noción de fides va a reforzar a la de diligencia complementándose recíprocamente, llegando a formar un criterio directivo y unitario.

(1)

Son abundantes los textos antiguos que se conservan, en donde se ve claramente el uso del binomio fides et diligentia. (2) Incluso en fuentes que no mencionan expresamente las dos nociones de fides y diligencia, la mención de una sola de ellas se entiende que lleva comprendida a la otra, por lo que el binomio sigue subsistiendo. (3) -- Con posterioridad tendrá no solo relevancia en la esfera pública (4), sino también, como más adelante tendremos ocasión de ver, en las relaciones jurídicas privadas.

(1) Así F.CANCELLI.ob cit.pág.519. Una evolución completa de este fenómeno jurídico, se encuentra en LOMBARDI: Dalla "Fides" alla "Bona Fides". Milano 1961. (v.también CAMACHO. Sobre la "bona fides" en el Derecho Romano de obligaciones. Granada 1962).

(2) Así por ejemplo CICERON (div.in Caec.21,67; in Verr.1, 12, 34; II, I, 7, 19), putabam non solum notis sed -- etiam ignotis probatam mean fidem esse et diligentiam; II,I,51,135, pro sua fide ac diligentia (referencia al pretor); pro Caec.2,5 fidem et diligentiam praestare; fam.12,33,4, fides, diligentia, prudentia; intercalándose el "officium" en el binomio fides-diligentia (de or.2,46,192; en CANCELLI ob.cit. pág.519).

(3) Lo que se puede apreciar en textos de CICERON y ULPiano. Así el primero en de leg.3,2,5 : Magistratibus igitur opus est, sine quorum prudentia ac diligentia esse civitas non potest (V. CANCELLI ob.cit.pág.519); y el segundo en D.50,8,8: Magisrei publicae non dolum solum modo, sed et --latam neglegentiam et hoc amplius etiam-diligentiam debent.

(4) Para el desempeño de un cargo público se requiere la -- "fides et diligentia", siendo así imprescindible para el ejercicio de aquel "la fidelidad al deber" que el -- propio cargo conlleva. Serán pues la fides y diligentia

presupuestos esenciales en el campo de la res publica, - (así CICERON: Nam cum omnium consulum gravis in re publica custodienda cura ac diligentia debet esse; de leg.agr.II, 36,100, en CANCELLI ob.cit.págs.cit.v.DE LOS MOZOS. El principio de la Buena Fe. Barcelona 1965. Págs.23 y 24.).

B. La incardinación de la buena fe en las acciones "in factum" como criterio de ampliación de la responsabilidad.

a) Acciones "in ius" y acciones "in factum".

Frente a las acciones civiles (in ius), no faltas de contenido jurídico por cuanto que en el momento de su creación se había vertido en ellas el derecho contenido en las XII Tablas, nacen en el derecho preclásico - las denominadas acciones pretorias (in factum) que con posterioridad llegarían a desembocar en el derecho pretorio.

Las acciones pretorias o in factum, donde van a tener cabida casi todas las figuras jurídicas contractuales, muestran ya diferencias con las acciones in ius, que van a ser fundamentales para el desarrollo evolutivo de la culpa o negligencia. Mientras que en las acciones civiles tiene el derecho una consideración predominante, quedando relegado a segundo plano el hecho - como tal, se da en las acciones pretorias el fenómeno contrario: lo que hay ahora en primer lugar es un hecho y no un derecho. Los deberes de conducta del obligado van a sufrir de esta manera nuevas y en cierta manera inéditas remodelaciones y concreciones. Ahora, acaecido el hecho, se creará con posterioridad el derecho conforme a aquel.

b) Objetivización de la fides. Su transformación jurídica en "bona" fides.

El paso a una progresiva ampliación de la responsabilidad del obligado, al ampliar paralelamente con carác

ter sancionador el marco de la actuación negligente - del mismo, vino precisamente potenciado por estas acciones in factum, creadas por el pretor, al sufrir algunas de ellas una transformación en su evolución - - aproximándose a las acciones contractuales, dando lugar en algunos casos al nacimiento de una acción civil ex fide bona.

Se une así el término "bona" al de "fides" como una - adición posterior (1), que habría de traer importantes novedades conceptuales para la nueva noción ahora creada: la bona fides; que va a comportar ya una cierta objetivización de la antigua fides a través del nuevo concepto. (2)

Este, empieza por consiguiente a asumir un carácter basado en criterios típicos, supraindividuales. La fides sin más, es reemplazada por la opuesta bona fides como fides del "bonus vir". (3) Esta alcanzada objetividad se constituye como el único medio para superar el conflicto producido por el contraste y la diversidad de - las diversas interpretaciones de la fides. La fides se manifiesta como cualidad de tipo subjetivo individual. El "bonum", como el "aequum" (4), encierra fundamentalmente criterios o valores supraindividuales de tipo - objetivo.

La bona fides se encuentra en cierta manera en una postura intermedia entre las dos anteriores: de una parte el bonum, le confiere generalidad, evocando una norma despersonalizada de carácter absoluto; del otro la fides sigue queriendo expresar su fundamento en el sujeto, por lo que incluso aún concibiendo la bona fides de modo abstracto no puede separarse de cierta carga - de subjetividad y personalidad que arrastra el término fides. (5) Este fenómeno permitirá también, mediante - la introducción de la noción de la culpa, abrir nuevos cauces a los criterios de determinación de la respon-

-
- (1) Así LOMBARDI (ob.cit.pág.182), refuerza la posterioridad del término "bona", indicando que incluso la misma posición gramatical de los términos así lo confirma: se dice "ex fide bona", y no, (ex) "bona fide". Si bien al principio de la unión conceptual de los dos términos, no es esto de dudar, con posterioridad sin embargo, ocurrió el fenómeno inverso.
 - (2) Sobre esto puede verse DE LOS MOZOS ob.cit. págs.23 y 24.
 - (3) La tipicidad de la bona fides como indica LOMBARDI (ob.cit.pág.182), encuentra confirmación en muchos otros tipos del bonus: bonus paterfamilias, boni mores, aequum bonum etc.
 - (4) En el derecho postclásico se mostrará la bona fides conceptualmente semejante a la "aequitas". Indica GOMEZ DE LA SERNA que "la buena fe es el alma de unos y otros contratos (bilaterales y unilaterales), pero en los bilaterales se interpreta más latamente el principio de equidad que en aquellos que solo producen obligaciones para uno de los otorgantes". (ob.cit.pág.123)
 - (5) Así LOMBARDI (ob.cit.pág.182).

c) Diligentia et fides en las relaciones gestoras privadas.

La negotiorum gestio y el depósito como casos más relevantes.

El binomio fides-diligentia no sólo pasa a tener relevancia en lo relacionado con la "res publica", sino que también pasa a serlo en el marco de las relaciones gestoras privadas, como expresión de aquella conducta a prestar por los sujetos que administran y dirigen determinados intereses en sustitución de su titular. (1)

Normalmente vienen regulados ciertos aspectos que el contenido de estas relaciones jurídicas entraña. Sin embargo, ni todos poseen semejante regulación, ni siquiera cada una de ellas de manera completa. Algunas se sustraen de semejantes regulaciones, dando lugar a

un actuar en la conducta del obligado, al que caracteriza en cierto modo la nota de la discrecionalidad. El derecho clásico intenta controlar y modelar tal - discrecionalidad, exigiendo al sujeto el cumplir en - todo momento su obligación con escrúpulo y celo, a fin de evitar todo resultado dañoso para el interesado.

El mecanismo de control de aquella discrecionalidad - viene proporcionado, si bien entendiendo por fides no ya solamente la noción de fidelidad a la persona. (2), sino también la constancia del obligado en la tarea - de cumplir con el cargo asumido. (3)

Como casos más relevantes de la influencia de la fides y diligencia en las relaciones gestoras privadas que determinan ya una ampliación en la esfera de responsabilidad del obligado al irse introduciendo paulatina-- mente la noción de la culpa, se encuentran entre otras dos figuras jurídicas romanas: la negotiorum gestio y posteriormente el depósito. (4)

De esta manera el depósito, protegido hasta la etapa clásica tardía (del 130 al 230 d.C.) solamente por -- una acción pretoria in factum, creada para exigir responsabilidad por dolo del depositario, con la crea-- ción posterior de una acción de buena fe se podrá agravar la responsabilidad con el criterio de la culpa, - delimitando todavía más la conducta del obligado. (5)

De igual manera sucede con la negotiorum gestio. La - acción pretoria in factum sólo servía para la exigen- cia de la responsabilidad contraída por dolo. La apa- rición de una acción ex fide bona servirá para exigir la responsabilidad por culpa. (6)

Fides et diligentia, vienen a prescribir de una manera global, que quien está encargado de una función gesto- ra, no puede excusarse aduciendo el no haber querido -

el acto perjudicial al patrimonio del administrado.

Debe además probar que no ha omitido la necesaria -- atención en no haber descuidado la gestión que una -- buena administración conlleva.

- (1) El empleo de la fides et diligentia se ve reflejado - en las fuentes antiguas. Así por ejemplo en relación a la tutela, ULPiano (D.27,3,I); en relación a la negotiorum gestio: PAULO (Sent.I, 4, I; en CANCELLI. -- ob.cit.pág.521).
- (2) v. E. BETTI. Istituzioni di diritto romano II, I, Padova.1960-1962; págs.386 y ss.
- (3) LOMBARDI, ob.cit.pág.108.
- (4) Semejante evolución, aunque no de manera tan clara, se puede observar en otras figuras jurídicas tales como - la compraventa, la locatio conductio y el mandato, así como en la tutela, en donde mediante la creación de la actio tutelae, dirigida a exigir responsabilidad por - el comportamiento negligente de aquel, era llamado a - responder, por medio de esta acción, de la fides et di- ligentia, ampliándose así consiguientemente su campo de responsabilidad.
- (5) v. A. D'ORS, ob.cit.págs.437-438; GOMEZ DE LA SERNA - ob.cit. págs. 144 y ss.
- (6) V. A. D'ORS, ob.cit.págs.446 y ss. Aquí -indica GOMEZ DE LA SERNA- se presenta la culpa leve en abstracto - para evitar que personas por mera curiosidad o en su propio interés se entrometan a manejar los negocios - del ausente. Si la injerencia se produce con motivo - de evitar un mal inminente, responderá solamente de - dolo. (ob.cit.pág.350).

C. Iudicia stricti iuris y iudicia bonae fidei

a) Su contraposición e incidencia sobre la culpa y respon- sabilidad.

La aparición en el derecho romano de relaciones de de- recho estricto y relaciones de buena fe como criterios contrapuestos y distintos, van a permitir observar tan- to el progresivo desarrollo de la culpa, como el aumen- to de la responsabilidad del obligado. (1)

Siendo las relaciones de buena fe de carácter recípro

co (2) en contraposición con las relaciones de derecho estricto de carácter unilateral, permitirán las primeras el perfeccionamiento de la exigencia de una determinada conducta del deudor. La consecuencia es -- de esta manera clara: el comportamiento del deudor no sólo quedará sujeto a responsabilidad en los casos en que medie dolo, sino que también lo estará cuando medie negligencia en su conducta debida y no observada.

La contraposición de las acciones de derecho estricto con las acciones de buena fe, se hizo por consiguiente utilizable en orden al establecimiento de mejores criterios de determinación de la responsabilidad del deudor que había incumplido su obligación.

En las relaciones de buena fe la exigencia al demandado es mayor que la prescrita en las de derecho estricto, pues en estas se exige del demandado el que no deje de cumplir por un acto propio suyo, mientras que -- en las primeras, el comportamiento del deudor respecto de la otra parte debe de estar presidido por la -- lealtad y la verdad, términos connaturales a las relaciones de buena fe. (3) Faltando esta lealtad debida nace un tipo de "fraus", que la Jurisprudencia clásica, evitando que se interpretase este como "dolus malus", adopta el término de culpa, para referirse a la falta de diligencia debida. (4) La actio ex fide bona va ampliando por consiguiente de manera progresiva -- los cauces de la conducta del deudor, por donde se -- pueda ir abriendo camino la responsabilidad, sobrepasando el criterio del dolo, para alcanzar al de la -- culpa.

-
- (1) MAX KASER. Derecho...cit.págs.167 y ss. y ss. A.D'ORS, ob.cit.págs.426 y ss. IGLESIAS, ob.cit.págs.375-376.
- (2) Sobre la idea de que la buena fe implica la de la bilateralidad, puede verse D'ORS, ob.cit.pág.435. GOMEZ

- (3) La fides, junto a la idea de lealtad, expresa también la noción de "veritas". Veracidad en las declaraciones y manifestaciones, firmeza en mantener aquello a lo - que uno se ha obligado. (así LOMBARDI ob.cit. pág.108 y DE LOS MOZOS ob.cit.págs.cit.).
- (4) A. D'ORS ob.cit.pág. 428.

b) La Buena Fe como criterio de medida y valoración del débito del obligado.

De esta manera, desde comienzos de la época clásica, se produce un cambio en la propia función de la bona fides, la cual de fundamento independiente de las obligaciones pasa a ser la medida con que el juez debe juzgar la relación obligatoria. (1) La misma noción de fides va a sufrir por lo tanto una ampliación jurídica - como valorativa e interpretativa del comportamiento -- del obligado (2); emprendiendo un nuevo camino, como - instrumento de valoración, tanto arbitral, como judicial (3).

La buena fe va a permitir al juez una mayor flexibilidad de juicio en orden a determinar el alcance de la responsabilidad del sujeto demandado. Tendrá la función de informar el juicio, inspirando al juez, como ya con anterioridad a las partes, una norma valorativa del comportamiento. Sirviendo ya por lo tanto la fides para valorar el débito y no tanto como fundamento del deber, va a evolucionar más hacia la medida de la obligación que hacia su fundamento, y va a ser aquella medida la que, precisamente conforme a la buena fe, le parezca al árbitro o al juez que tiene que ser observada. El juicio de valoración judicial conforme - a tal criterio devendrá ya en usual. (4)

(1) M.KASER, ob.cit.págs.cit.LOMBARDI, ob.cit.págs.110 y 191 y ss.

(2) Lo que en cierta manera ya ocurría en tiempos de CARON y Q.MUCIO (v.LOMBARDI, ob.cit.pág.180; IGLESIAS, ob. - cit. pág.376).

- (3) El derecho romano comenzó a operar con el criterio de la bona fides en los arbitrajes privados, pasando con posterioridad a usarse también como criterio de valoración judicial (v.LOMBARDI, ob.cit.págs.180 y ss., y 191 y ss; GOMEZ DE LA SERNA, ob.cit.pág.586).
- (4) LOMBARDI, ob.cit.págs.191 y ss.

III.- Culpa y Diligencia en el derecho postclásico y justiniano.

1.- Introducción. La falta de diligencia como presupuesto de la culpa. El binomio "culpa et diligencia".

Habiendo adoptado el derecho clásico el término de - culpa, es el derecho postclásico el que va a generalizar este criterio. Aún cuando la jurisprudencia clásica operó con el término de culpa, fueron sin embargo los juristas de la escuela oriental los que definen esta en su sentido específico de falta de prudencia - del previsible evento dañoso; prevenible y evitable - sin embargo con una conducta activa y escrupulosa. La falta de diligencia se convierte de esta manera en -- ineludible e indispensable presupuesto de la culpa. -

(1)

Son las escuelas bizantinas y posteriores las que elaborarán una teoría sobre los distintos grados de la - culpa; estableciendo unos modelos de conducta a los - que deberá atenerse la propia del obligado.

Originándose la culpa al no observarse la diligencia exigible, no será aquella por consiguiente más que el aspecto negativo de la falta de esta, constituyendo y siendo la culpa en mal, lo que la diligencia es en -- bien (2). De esta manera queda configurada la culpa - de manera negativa, como la violación de la diligen-- cia debida que incumbe al obligado. (3)

Se trata en definitiva en esta etapa de asignar a la

culpa un valor distinto del dolo, mediante la contraposición y distinción entre ambos conceptos. Así mientras las notas de voluntariedad y ánimo dañoso en la conducta se correspondía con el dolo, era necesario el proporcionarle a la culpa un presupuesto que no fue otro que el de la violación e inobservancia de la diligencia debida. (4)

La culpa viene por consiguiente modelada y definida a través de la noción de diligencia. El binomio a que tal relación ha dado origen, "culpa et diligentia", y que sustituye al anterior de "fides et diligentia", va a -- constituir en el sistema de la gran Compilación, el criterio de base para la valoración de la responsabilidad contractual. (5)

La exigencia del binomio culpa et diligentia indica ya -- que aquella viene referida y determinada por la falta de diligencia debida. Las fuentes que acostumbran a definir la a través de la noción de diligencia (6), la ponen en relación de una parte con la falta de prestación del obligado en lo referente al "Aquntum" de la misma, acompañada de un "buen hacer" o un "buen obrar", exigido asimismo en la relación jurídica de que se trate, como la falta de previsión de un determinado evento adverso, que -- con el empleo de una cierta diligencia, se hubiese podido preveer y evitar (7), y de otra parte, con la falta de la capacidad técnica (Imperitia) indispensable para la ejecución ordenada y satisfactoria del asunto encomendado (8).

Por otra parte la noción de culpa y concretamente la imputabilidad de la misma en la esfera del obligado, va a venir influída por la graduación y especificación que -- en esta etapa sufrirá el comportamiento de este. Con esto se amplía todavía más el radio de acción del binomio culpa et diligentia.

- (1) V. F.CANCELLI, ob.cit.págs.521 y ss.
- (2) PARIS. "La responsabilité pour le custodie en droit - romain". París 1926, pág.205.
- (3) En este sentido semejante KUNKEL, BETTI y KASER (en - ob.cit.), si bien hay ciertos sectores doctrinales mo- dernos que opinan que por lo que toca al derecho jus- tiniano, culpa y diligencia constituyen dos expresio- nes sustancialmente equivalentes, no sin embargo dos caras opuestas del mismo criterio. Frente a tales opi- niones, numerosos textos del Digesto, (D.13,6,5,3; 50, 17,23; 18,1,68,pr.; 17,2,23,1; 19,2,25,27; 18,6,12, - entre otros), muestran de manera clara como se encuen- tra la culpa en estrecha relación con la falta de ob- servancia de la diligencia debida.
- (4) v. F.CANCELLI ob.cit.págs.cits.
- (5) Sobre esto puede verse DE ROBERTIS. "La disciplina de- lla responsabilità contrattuale nel sistema della com- pilazione Giustiniana". Bari.1964.Tomo I.págs.171-190.
- (6) v. los textos citados del Digesto en la cita 3 de la - página anterior.
- (7) quod a diligente provideri poterit (D.9,2,31).
- (8) La responsabilidad del obligado por perjuicios causa- dos por su falta de aptitud para la labor encomendada, se encuentra de manera expresa en los textos legales, caso entre otros de CELSO-ULPIANO (en D.19,2,9,5) en - donde el conductor, responde asimismo de su "imperii- tia". La consideración de la imperitia como determinan- te de la culpa no es solamente característica de esta época. Ya la Ley Aquilia entendía que se producía la - culpa, cuando por ejemplo un médico mataba a un esclavo por haberle hecho mal una operación o por haberle - dado un medicamento nocivo. (GOMEZ DE LA SERNA, ob.cit. pág.422).

2.- Graduación y especificación de la culpa. La aparición y aplicación de modelos ideales de conducta.

A. Introducción

El derecho de la Compilación trata de hacer de la cul- pa una noción en gran manera elástica de tal modo que sea extensiva y abarque desde el concepto mismo del - dolo, hasta la noción menos grave de la negligencia.

(1)

Siendo susceptible la culpa de graduación, ofrece una

ponsabilidad, que presentan el elemento común de la -- violación por parte del obligado de la diligencia a él impuesta en el ordenamiento jurídico para cada caso -- concreto que se presenta. Ahora bien, la diferencia es profunda entre ellas, bien sea en la medida a aplicar --abstracta, concreta o compuesta-- a la relación jurídica en cuestión determinando la violación que en su caso sea; bien sea en la graduación de la intensidad que puede presentarse en cada caso concreto: culpa lata, -levis o levissima.

- (1) Indica DE ROBERTIS (ob.cit.pág.47) que "efectivamente - todavía la noción culpa constituía por decirlo en términos bizantinos una *ὁμολογησέμενη*, y extendía su significación hasta abarcar todos los criterios subjetivos - de la imputación: de la culpa in concreto a la culpa in abstracto, de la exactissima diligencia al mismo dolo".. La Compilación emplea no raramente el término culpa al referirse a la diligencia diligentis (D.18,6,12, (11),); 19,1,54,pr.; 9,2,31;) y al hacerlo sobre la diligencia quam suis (D.17,2,72; 10,2,25,16).

B. Parámetros de conducta.

a) Criterio abstracto y criterio concreto

Para el establecimiento de criterios de graduación de la conducta, el derecho de la Compilación adopta dos - nociones diferenciadas sobre las que se van a asentar los tres géneros de diligencia. Se produce una tendencia al establecimiento de modelos ideales de conducta. De esta manera la conducta del obligado es llevada a - un doble parámetro de comparación: abstracto y concreto. De un lado aparecen criterios de conducta fundamentados en la abstracción. Tales medidas vienen representadas por la conducta que observa una persona abstractamente considerada.

Del otro y como contrapartida, va a ser la concreción,

la inspiradora de las medidas de conducta a establecer. Tales medidas van a venir representadas no por la conducta que desarrolla una persona abstractamente considerada distinta del obligado, sino por el mismo comportamiento habitual de este, comportamiento que es precisamente el que él realiza para o con motivo de sus propios asuntos e intereses.

b) Su influencia en la graduación.

La adopción de parámetros de conducta impuestos al obligado, determina el nacimiento de un doble género dentro de la noción unitaria de la diligencia, y consecuentemente dentro también de la de la culpa.

De un lado toma carta de naturaleza la "diligentia diligens" o "diligentis patris familias". Del otro la denominada "diligentia quam in suis rebus adhibere solet" más brevemente expresado, la "diligentia quam suis". El no ajustarse a tales tipos de comportamiento, cuando el ordenamiento jurídico lo exige y lo espera, da lugar respectivamente a las denominadas "culpa in abstracto" y "culpa in concreto".

El derecho de la Compilación en alguna relación de características especiales, reunió los dos criterios bajo un ángulo compensativo, surgiendo la denominada "exactissima diligentia", al lado de los otros dos, como un "tertium genus diligentiae".

C. Posición esquemática en la graduación de la culpa y diligencia.

De una manera general se puede elaborar un cuadro general sobre la graduación y especificación de la culpa y diligencia, en el derecho de la Compilación que puede resultar de la siguiente manera:

1. Culpa lata que se equipara al dolo.
2. Culpa levis:
 - a) culpa levis in abstracto: diligens bonus pater familias (diligentia diligentis).
 - b) culpa levis in concreto: diligentia quam suis rebus adhiberet solet (diligentia quam suis).
3. Culpa levissima, originada por la inobservancia de -- una exactissima diligentia (diligentissimi patris familias).

El cuadro general se puede hacer depender sin embargo no de la culpa, sino de los parámetros de conducta que con posterioridad van a determinar la misma.

1. Criterio abstracto. Determinante de la culpa in abstracto:
 - a) culpa lata, equiparada al dolo.
 - b) culpa levis in abstracto (diligens pater familias).
2. Criterio concreto. Determinante de la culpa in concreto:
 - a) culpa lata.
 - b) culpa levis in concreto (diligentia quam suis).
3. Criterio compensativo, determinante de la culpa levissima por falta de una exactissima diligentia.

De esta manera se da entrada a la discutida posibilidad de -- que la no observancia de parámetros concretos de conducta -- (lesión de la diligentia quam suis) puede dar origen no sólo a una culpa levis in concreto sino también a la culpa lata

(1)

(1) Así por ejemplo CELSO (D.16,3,32), para quien la violación de la diligentia quam suis puede originar culpa lata en el obligado. Sobre este problema se tratará más adelante.

3. La culpa "in abstracto".

A. La figura del bonus et diligens pater familias.

a) Origen y evolución.

La medida de la conducta que debe prestar el obligado, el comportamiento que debe observar en el cumplimiento de la obligación exigida, viene determinado por regla general por una medida abstracta. Se trata de un modelo de conducta ideal de tipo abstracto, que viene representado por el comportamiento que observaría en una situación semejante un tipo abstracto de hombre: preciso, prudente, metódico y cuidadoso de sus propias obligaciones: el bonus et diligens pater familias.

En un principio la literatura romana no encuentra otro modo más apropiado para indicar la conducta del hombre activo y atento en los asuntos y negocios privados. Además la terminología que usaban los literatos, oscilaba en una serie de expresiones que se entremezclaban: bonus (1), prudens (2), diligens(3), studiosus (4), idoneus (5) etc., pater familias, puesto que los juristas clásicos habían construido el modelo de diligencia sobre la base de los principios ético-sociales y de la literatura usada corrientemente.

Hay que indicar por lo tanto, que si bien la figura del diligens pater familias alcanza su máximo grado de tecnicidad en la época justiniana (6), la noción de diligencia y la noción misma del diligens pater familias tienen ya una raigambre clásica (7), atribuyendo algunos autores a esta última, su primario origen en la filosofía griega (8).

Como todo, se trata de una figura tradicional en la sociedad romana, nacida de la propia civilización -

y evolución del mundo agrario. (9) Ya CATÓN describía y prescribía los "officia" del "pater familias" y definía a modo de explicación que debe entenderse por "bonus dominus" designando así al cuidadoso agricultor con el calificativo de diligens pater familias. (10)

Poco a poco la actividad así como el comportamiento del padre de familia en sus quehaceres, fué configurando este modelo ideal de conducta, aplicándose en consecuencia este criterio, cuando se hacía necesario establecer una medida en la conducta y actividad del obligado.

La aparición de las primeras manifestaciones tendentes a una organización racional del trabajo, dieron origen como cuenta PLINIO a que caso de producirse mal tiempo se trabajase dentro de casa, reservando toda la fuerza para el trabajo exterior para cuando llegase el buen tiempo. De esta manera establece PLINIO la siguiente regla: "Es un mal padre de familia aquel que hace de día lo que puede hacer de noche; y peor aquello que hace en los días de trabajo, pudiendo hacerlo en los días de fiesta; es un pésimo (padre de familia) aquel que con el buen tiempo trabaja dentro de casa en lugar de hacerlo sobre el campo". (11)

(1) GAYO, D. 18,1,35,4.

(2) LABEON PAULO, D.19,1,54.

(3) PAULO, D.10,2,25,16; 13,7,14.

(4) PAULO, D.22,3,25 (dicit homo diligens est et studiosus - paterfamilias...).

(5) ULPIANO, D.26,7,10.

(6) Sólo los juristas postclásicos y justinianeos habían construido la noción del bonus et diligens pater familias como módulo normativo de conducta.

(7) J. IGLESIAS, ob.cit.pág.458.

(8) M. KASER, ob.cit.pág.170. JOERS KUNKEL, ob.cit.pág.257.

- (9) F. CANCELLI, ob.cit. pág. 523. PREDELLA: La figura dell' UOMO medio. Torino. 1934. págs. 6-7; el mismo autor: Il bonus pater familias e la sua origine agraria. Firenze 1931.
- (10) De agr. 2 y 14,3 : "qui bene praestat quae opus sunt - et nummos bona fide solvit" (en CANCELLI, ob.cit. pág. - 523). Al alba "el pater familias estaba ya en pie para recibir el saludo de sus hijos y de los esclavos y para el rito del sacrificio; al alba se comenzaban pues las faenas de la casa. A la primera luz del alba, el campesino pater familias estaba ya sobre el campo y no volvía hasta el atardecer muy fatigado" (DE ROBERTIS, "Lavoro et laborati nel mondo romano". Bari 1963. v. también Historia General del Trabajo. I, libro quinto, México-Barcelona 1965.)
- (11) Nat. Hist. 18,40 (v. DE ROBERTIS. Lavoro e laboratori... cit. págs. 101-113).

b) Idealidad y abstracción. Sus límites.

El criterio de valoración de la conducta a que hace referencia el bonus et diligens pater familias, viene referido a determinar la diligencia debida en relación al cuidado que el padre de familia suele adoptar en sus cosas o asuntos. (1)

¿Es el diligens pater familias romano, como tipo -- abstracto con el que se compara la conducta del obligado, un hombre infalible, no sujeto jamás a error? ¿desemboca la conducta del buen padre de familia -- siempre en unas actuaciones inequívocas y perfectas, como el hombre que no se equivoca ni falla nunca?.

El tipo abstracto del bonus et diligens pater familias, no viene referido a aquella noción de un hombre infalible o ideal, sino que por el contrario se conexas con la idea del hombre difícilmente falible, del hombre que "non facile errat", pero que en determinadas circunstancias especiales y particulares, está expuesto a errar. (2)

El criterio de la diligencia "in abstracto" no responde por consiguiente a un ideal de perfección -- "contra natura", sino que por el contrario va a reflejar una vía del medio o, "medietas", que el derecho de la Compilación en alguna ocasión se limita a exigir entre la "supina ignorantia" y la "escrupulosa inquisitio", entre la "nimia securitas" y la "delatoria curiositas"; un criterio en definitiva que lleve en sí, una falibilidad posible, normal y tolerable. (3)

De esta manera al referirse las fuentes a la diligencia del bonus, prudens, frugi, diligens, idoneus, studiosus pater familias, lo hacen construyendo la noción de un hombre cuidadoso y aplicado, pero en ninguna manera infalible y todopoderoso, considerando esta diligencia en consecuencia distinta de la diligencia que es exigible al especialista (artifex, mentor, iurisperitus, medicus etc.), de tal manera que a la primera no pueda imputársele la falta de adquisición del conocimiento o de la técnica, que por el contrario es de esperar en la segunda. (4)

Este carácter de especialidad en el derecho romano impide la consideración de una noción ideal de conducta, de absoluta abstracción y generalidad. Se presenta por consiguiente claro en el derecho romano -- que por ejemplo para un labrador o un pastor no tienen aplicación las mismas exigencias de diligencia -- que para un médico o abogado. El mismo Digesto, proporciona el fundamento para la noción de un tipo -- ideal diferenciado: sed modus adhibendus et secundum rationem diligentis aedificatoris. (5)

(1) D.18,I,35,4: (diligentia) qualem bonus pater familias suis rebus adhibet.
D.13,7,14,ea...quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet.

- (2) PAULO, D.22,3,25 pr. "... bonus et diligens pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse".
- (3) v. en este sentido PREDELLA. La figura...cit.pág.6.
- (4) DE ROBERTIS. Responsabilitá...cit.págs.55 y 56.
- (5) D.45,1,137,3. En la misma línea, PAULO D.22,6,9 y VENULO, D.45,1,137,2. Textos semejantes pueden verse en -- WENDT O. AcP 87 págs.422 y ss. y WEYL R. System der -- Verschuldensbegueffe. Muenchen 1905.

B. La graduación de la culpa "in abstracto"

La consideración del criterio abstracto del bonus et diligens pater familias trae consigo, caso de no observancia del mencionado criterio, el nacimiento de la culpa in abstracto, que resulta ser así la vertiente o perspectiva negativa de aquel.

La culpa in abstracto revela su capacidad de ser susceptible de graduación, al constituirse en forma de péndulo que va desde su contenido ordinario, la culpa levis hasta la denominada culpa lata. (1)

a) Culpa levis

La culpa levis se constituye en el criterio de imputación de la diligencia de un buen padre de familia, -- considerado este, según hemos examinado, como hombre normal, ordenado y cuidadoso en la gestión de su hacienda. (2)

La expresión de la culpa levis se ve abundantemente empleada, aún donde incluso no aparece expresada con su propio término técnico (3), hasta el punto de que donde todavía la Compilación no especifica cual fuese el grado de culpa imputable en una determinada relación, el uso simple y sencillo de culpa, asume un significado específico indicativo, sobre el plano abstracto de la culpa levis. (4)

De esta manera el criterio de la culpa levis gozará de "vis atractiva", en aquellos casos en donde no se especifica cual fuese el grado de culpa imputable. El término culpa, cuando aparece así, llanamente considerado sin más calificativos, habrá siempre de referirse y de reconducirse a aquel de culpa levis, es decir a la no observancia de la diligencia de un buen padre de familia (5), constituyendo la culpa levis en el sistema de la Compilación justiniana, el criterio ordinario de medida para la imputación de la responsabilidad.

- (1) Quizás extendiéndose en ocasiones hasta el límite extremo de la culpa levissima que implicaría la falta de una exactissima diligentia, siendo así considerada esta como un grado de diligencia in abstracto y no como un particular o propio "genus diligentiae", cuestión de la que se tratará más adelante.
- (2) La definición de la culpa leve -indica GOMEZ DE LA SERNA- tiene carácter negativo "pues... comprende toda culpa que no pertenece a la clase de latas" (ob.cit.pág. 140, v.PREDELLA ob.cita.págs.10 y 11
- (3) D.26,7,39,6; 30,47,5; 36,1,23,3.
- (4) Semejante HOFFMANN, Die Abstufung der Fahrlaessigkeit - in der Rechtsgeschichte. Berlín 1968, pág.9, y DE ROBERTIS, Culpa et Diligentia nella Compilazione Justiniana. Milano 1962. págs. 349 y ss.
- (5) Claramente se muestra a este respecto el fragmento de PAULO (D.9,2,31, semejante también D.10,2,25,16): culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiaturum esset, cum periculum evitari non possit.

b) Culpa lata

El derecho de la Compilación ha conocido una forma grave de negligencia, que por lo general se encuentra denominada con el término técnico de culpa lata. (1)

La culpa lata viene en ocasiones equiparada al Dolo, - siguiendo precedentes clásicos según algunos autores (2), si bien otros niegan la clasicidad de la equiparación. (3) Al margen de esta polémica doctrinal (4) hay que decir que la equiparación al dolo de la culpa lata o "magna neglegentia", se ve reflejada de manera clara en el Digesto.

ULPIANO, habla de una negligencia extrema, la cual - - "prope dolum est" (5), de una negligencia "quae dolo - proxima est" (6); GAYO ve un "crimen doli" en un gran descuido y falta de aplicación (7); PAULO asimismo -- afirma de manera general: "magna neglegentia culpa est, magna culpa dolus est". (8)

El ordenamiento jurídico va a equiparar por lo tanto - aquellos supuestos en que exista una intención de hacer las cosas mal -considerados precisamente "dolo proximi"- con el mismo dolo, teniendo esto relevantes consecuencias para la imputabilidad del incumplimiento - (9)

La culpa lata, constituyéndose como un grado de la culpa in abstracto (10), trasciende los límites de la culpa levis, en cuanto que supone la más grave violación de la diligencia debida, al conllevar con su actuación una "crassa neglegentia" (11), con lo que es indudable que adquiere caracteres cercanos al dolo.

Lo dicho no debe sin embargo llevar a malentendidos, - puesto que si bien se habla de la equiparación de la -

culpa lata al dolo, no quiere decir esto que sean -- realmente la misma cosa. Existen en efecto distinciones entre dolo y culpa lata, como la ausencia en esta última del "animus nocendi", característico por el contrario del dolo.

Sin embargo no es menos cierto que en la práctica, -- los confines entre las dos nociones, al igual que ocurre todavía en nuestro derecho actual, aparecen bastante borrosos (12), no resolviendo por entero el derecho justinianeo, este problema.

La culpa lata viene definida jurídicamente de forma -- unitaria. Tal noción encierra según ULPIANO un "non -- intellegere quod omnes intellegunt" (13) o, según PAULO un "ignorare solus quod omnes in civitate sciunt" (14), lo que en realidad no conlleva propiamente a un definir, sino meramente a un ejemplificar, de lo que nacerán varias y distintas interpretaciones, según que el "omnes" venga referido a todos los hombres, siempre -- de normal capacidad, cuidado y cautela, o bien se refiera a todos los hombres comprendidos incluso los -- más negligentes y descuidados.

Bajo tales observaciones, se debe tener en cuenta que la noción de culpa lata parece implicar una valoración que se manifiesta sobre la capacidad intelectual del sujeto, y del mayor o menor empeño en el buen hacer, -- que es característico en la noción pura de la diligencia. Así considerada, se transforma la culpa lata en una noción que encierra como una de sus notas características, un vicio del intelecto. (15)

(1) Así ULPIANO (D.11,6,1; 17,1,8,10; 18,4,2,5; 21,1,31,12; 27,8,1,3; 36,4,5,15; 43,26,8,6; 50,16,213,2; PAULO, 48, 8,7; 50,16,223 pr; MARCIANO, 47,9,11, etc. Acertada la expresión de GOMEZ DE LA SERNA (ob.cit.pág.139), quien señala que es constituyente de una "escasa" diligencia.

- (2) Así J. IGLESIAS, ob.cit.pág.460.
- (3) ARANGIO RUIZ. Responsabilidad... cit. págs.260 y ss.
- (4) A. RUIZ recoge la polémica sobre la culpa lata y su diferenciación con el dolo que se mantiene entre las tesis de BINDING y LENEL, tratando posteriormente de conciliarlas (ob.cit.págs. 262 y ss.)
- (5) D.17,1,29pr., semejante en D.26,10,7,1 (sed lata negligentia, quia prope fraudem accedit).
- (6) D. 2,13,8; 16,3,7,1; 30,47,5.
- (7) D.44,7,1,5.
- (8) D.50,16,226. Ciertamente el texto de PAULO adolece de claridad. Según el, la "magna" negligencia sería constituida de culpa, sin embargo, "magna " culpa daría origen al dolo. Se podría pensar con BUCKLAND (ob.cit.pág.105), que culpa en la primera parte de la frase asumiría el significado de negligencia, en la segunda parte sin embargo encerraría una conducta culposa. La interpretación contraria consistiría en que a pesar del texto de PAULO, la culpa tendría el mismo significado en las dos partes del texto, o bien como conducta culposa, o bien como negligente. Así indica HOFFMANN (ob.cit.pág. 7) que si la culpa la constituye solamente la "magna" negligencia se llegaría a la conclusión de que pequeños y normales descuidos, serían para el deudor solamente constitutivos de casualidad.
- (9) Incluso los juristas del derecho bizantino tardío, incluyen la noción de dolo en la de la culpa lata. (sobre esto NOERR. Die Fahrlaessigkeit in byzantinischen Vertragsrecht Muenchen 1960, págs,40 y ss.
- (10) Inconsiderado debe quedar ahora, puesto que se verá con posterioridad, si la inobservancia de la diligencia in concreto puede originar una culpa lata.
- (11) Semejante ocurre en el derecho bizantino tardío. (v. -- NOERR ob.cit. págs. 39 y ss.).
- (12) Indica SCIALOJA, que "no siempre es fácil distinguir en la práctica el dolo de la culpa lata, porque la distinción se reduce en sustancia en el mayor número de los casos a un elemento intencional, difícilmente verificable mediante prueba..." (en ARANGIO RUIZ. Responsabilidad.... cita.págs.262 y ss.), problema por lo demás actual en el derecho del trabajo, sobre todo en lo que concierne a la disminución voluntaria del rendimiento habitual, que más adelante tendremos ocasión de examinar. Para GOMEZ DE LA SERNA, la dificultad de la distinción se funda precisamente y se deriva de la claridad entre la propia de la mera culpa y el dolo. (ob.cit.pág.138, v.también pág.140).

- (13) ULPIANO (D.50,16,213,2: lata est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. El mismo - autor hable (D.22,6,6) de la culpa lata como "crassa - negligentia".
- (14) PAULO. D.22,6,9,2: quid enim si omnes in civitate sciunt quod ille solus ignotat?. Semejante también el mismo au tor en D.50,16,223 pr. Sobre esto puede verse PREDELLA ob.cit.pág.10.
- (15) V. CIAN G.. Riv.dir.civ.1963 págs.148 y ss.

4. La culpa "in concreto"

A. La "diligentia quam suis". La referencia a la habitualidad en la conducta. Su problemática.

Al lado del criterio abstracto ya examinado, se consti tuye el criterio concreto al que deberá ahora atenderse la conducta del obligado. El desarrollo del criterio - concreto en orden a realizar la valoración de la con-- ducta, conlleva de un lado a la diligentia quam suis, y de otro -como consecuencia de la inobservancia de es ta, a la denominada culpa in concreto. Aquella va a -- constituirse por lo tanto en presupuesto previo de esta.

La problemática que ahora nos ocupa, puede plantearse - con la formulación de la siguiente pregunta: ¿A qué res ponde el calificativo de "concreto" que se asigna a la culpa, como criterio de responsabilidad surgido de la - violación de la diligentia quam suis?.

El calificativo de concreto ahora asignado a la culpa, va a tener en efecto una explicación, no exenta sin embargo de reservas, por cuanto ahora no es llevada la diligen- cia a una medida de abstracción, sino que por el contra rio se lleva a la concreta del deudor interesado, es de cir, a la conducta habitual que el obligado observa o - suele observar en sus cosas y asuntos propios. (1)

La misma diligencia habitual del obligado en sus propios asuntos, va a constituir en el derecho de la Compilación justiniana, la medida de su responsabilidad, remitiéndose así a esta medida el comportamiento del mismo. Se le imputará pues al obligado la responsabilidad por incumplimiento cada vez que en su conducta no emplee la diligencia que en él, y para sus propios asuntos o intereses, es habitual.

A la conducta que ahora sirve de parámetro, le acompaña por consiguiente, la nota característica de la habitualidad. La conducta que se debe deducir o investigar del deudor no es una forma de comportamiento aislado, - respecto a un negocio concreto suyo considerado, sino - que muy por el contrario, se debe investigar aquella - que el deudor respecto de sus cosas propias, tiene por costumbre observar. Hay pues que realizar una valora--ción de la conducta observada por el obligado en sus - propias cosas, y a través de la misma, se tratará de - saber y de medir la diligencia concreta que el sujeto habitualmente observa en sus propios asuntos.

Por otra parte la diligentia quam suis puede suponer, - bien un aumento, bien una disminución en las exigencias de conducta al obligado, con relación al criterio de - la diligencia del buen padre de familia.

Siempre que la conducta que el obligado observa en sus propios asuntos de manera habitual, sea menor que aquella abstracta de un buen padre de familia, la aplica--ción del criterio concreto supondrá efectivamente una atenuación en relación con el criterio abstracto, mientras efectivamente no se exija más de aquello, que se exigiría del diligens pater familias. (2)

Si bien este criterio concreto "quam suis", vino a perfeccionar y completar el sistema de graduación de la -

diligencia, lo cierto es que el empleo del mismo fué más limitado. (3)

Una barrera importante a través de la manifestación de la voluntad, a la sola observancia de la diligencia --quam suis, aún siendo esta en teoría, la única exigible, la recoge ULPIANO (4), quien hace responsable al socio por culpa levis bajo determinados presupuestos: cuando este promete al tiempo de la contratación, la producción o ejecución de una obra o trabajo en provecho de la sociedad como el apacentamiento del ganado o la explotación administrativa de la finca.

Probablemente tal decisión de ULPIANO pudo estar motivada por el hecho de que en tales supuestos y bajo los presupuestos indicados, en la relación jurídica de la sociedad se haya incrustado un contrato de obras o de servicios (5), que proyecta la conducta debida por el socio hacia criterios más exigentes (culpa levis in abstracto), que los originarios "quam suis" para tal relación jurídica (culpa levis in concreto).

Empieza por consiguiente a tomar carta de naturaleza la autonomía de la voluntad como elemento determinante de una mayor diligencia que en base a aquel acto de voluntad se tendrá ahora que observar. (6) La vigencia de la asunción de la culpabilidad por el obligado al tiempo de la celebración del contrato, de importancia capital para la comprensión de la problemática de la diligencia, pasará con toda su plenitud a la relación jurídica de trabajo.

(1) v. WOLFF. TURA.1955, págs.152 y ss. GOMEZ DE LA SERNA. ob.cit.pág.140. PREDELLA ob.cit.págs.11 y ss.

(2) CANCELLI. ob.cit.pág. 524. DE ROBERTIS. Responsabilità... cit.págs.72 y ss.

- (3) En realidad venía solamente aplicado a escasas figuras jurídicas como la Sociedad, si bien con referencia a esta adolecen los textos de claridad y uniformidad. Así frente al texto de GAYO (D.17,2,72: culpa autem non ad exactissiman diligentiam - dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet), señala ULPIANO (D. 17,2,63,pr.) que el socio responde solamente por dolus, y PAULO -- (D. 17,2,65,9), no indica frontera alguna de responsabilidad para el socio. También se aplica a la comunidad hereditaria (D.10,2,25,16; 36,I,23-22,3), y a la administración por parte del marido de los bienes para-frenales (PAULO, D.23,3,17 pr.). CANCELLI (ob.cit.pág.524), se refiere también a la - - aplicación de la diligentia quam suis al tutor y - al curator, así como al marido para la restitución de la dote.
- (4) D.17,2,522.
- (5) En sentido semejante puede verse HOFFMANN (Die -- Abstufung... cit. pág.25).
- (6) Las razones en las que se apoya GAYO (D.17,2,72), - para fundamentar la diligencia del socio como quam suis -porque quien elige un socio poco diligente, - suscribe o se imputa por si mismo los daños- encuentra precisamente limitaciones, en supuestos tales como los tratados por ULPIANO.

B. ¿Culpa lata como lesión de la diligentia quam suis?

Al igual que la inobservancia de la diligencia propia de un buen padre de familia; produce la correlativa de la diligentia quam suis el reproche de la culpa levis a la conducta observada por el obligado. En aquella surge de un proceso de abstracción (culpa levis in abstracto), en esta por el contrario se origina mediante un proceso de concreción - (culpa levis in concreto).

Da la impresión sin embargo de que el derecho romano en determinados momentos, saliéndose de sus esquemas generales, haya querido establecer el reproche de la culpa lata a la conducta del obligado por la mera falta de diligentia quam suis. CELSO (1),

afirma que cuando alguien no está en la situación de ob-
servar aquella diligencia en la medida en que esta vie-
ne exigida de manera normal, no se ve exonerado por ello
del "fraus", siempre que él al menos no observe su acos-
tumbrada diligencia (2).

La gravedad de la diligencia viene aquí determinada, a
diferencia de otros lugares del Corpus Iuris. (3) Lesio-
na el obligado su diligencia quam suis, por ocurrir una
tal postergación, así se originará un descuido o negli-
gencia superior a lo normal, que dará origen a la culpa
lata. (4) Una tal postergación de los asuntos ajenos --
determina por lo tanto la culpa lata al dar lugar a una
lesión o violación consciente de la buena fe.

Esta forma de negligencia grave no viene sin embargo --
equiparada al dolo, como normalmente suele ocurrir, sino
que ella misma es calificada propiamente como "dolus" y
como "fraus". (5)

Se establece un freno o límite al descuido, imprudencia
o incluso a la intencionalidad -siempre de difícil prue-
ba- del obligado "quam suis". Con esto se introduce un
criterio abstracto-objetivo con el fin de enmarcar los
límites en que se ha de mover la conducta del obligado.
Clarificador a este respecto es el supuesto que ULPIANO
recoge en el Digesto. (6)

Así las cosas puede decirse que incluso la diligencia -
quam suis, tiene un límite tolerable de conducta -el
fragmento citado de Ulpiano es una buena prueba de ello-
que no puede sobrepasar el obligado, aunque su diligen-
cia se rija por un criterio que contemple la individua-
lidad.

La cuestión a dilucidar si tal límite viene en primer -
lugar determinado en base a consideraciones objetivas -

que inciden en el plano de la individualidad, y en segun do lugar en base a la persecución de la existencia de un cierto "animus nocendi" en la conducta del obligado o viceversa, no se puede constestar de manera general válida por lo que habrá que estar al caso concreto sopesando y conectando dentro de la esencia del mismo los dos polos - de valoración.

La aminoración de la responsabilidad en supuestos de apli cación de la diligencia quam suis, encuentra por lo tanto sus límites allí donde el obligado fué descuidado e im-- prudente en un grado tal que sobrepasaría en gran manera aquellos descuidos e imprudencias propias del obligado -- quam suis, (7) y que en definitiva presupone -como parecía ser la intención de CELSO, no olvidando las dificultades procesales probatorias- una violación consciente de la -- buena fe. Bajo tales presupuestos pasaría entonces la vio lación de la diligencia quam suis de una función aminora tiva de la responsabilidad a una función agravatoria de - esta, lo que por otra parte no es extraño a algunos tex-- tos del Digesto. (8)

(1) D.16,3,32.

(2) La mención del fraus produce la consiguiente de la - fides: el obligado no podría desarrollar una diligen cia menor a la acostumbrada en sus propias cosas o - asuntos, sin lesionar correlativamente la fides.

(3) El fragmento de CELSO, encierra en efecto el presu-- puesto, de que el deudor en sus asuntos propios no - observa la diligencia que siendo normal, es exigida conforme a la naturaleza humana.

(4) Semejante CIAN.G.Riv.dir.civ.1963 cit.págs.148 y ss. y pág.169.

(5) ULPiano D.2,14,7,9; 4,3,1,2.

(6) D.24,3,24,5: Se comporta el marido de manera dura o - violenta con el esclavo procedente de la dote y se -- produce un resultado dañoso, hay primero que examinar

si él trata así, de la misma manera, a sus propios esclavos. No es este el caso, entonces debe imputársele la responsabilidad. Resulta por el contrario -- una consecuencia dañosa, a causa de una dureza extraordinaria o excepcional, será entonces reo de -- responsabilidad, sin que ahora tenga relevancia para la determinación de la misma, como suele él tratar a sus propios esclavos.

- (7) Semejante HOFFMANN ("Die Abstufung..." cit.pág.10).
- (8) Así ULPIANO (D.27,3,1,pr.: praestando dolum, culpam et quantum in suis rebus diligentiam); PAULO, D.23, 3,17.

5. El supuesto especial de la "culpa levissima".

A. La exactissima diligentia.

En diversos lugares del Corpus Iuris, preponderantemente en el Digesto, se conexionan las expresiones -- exactissima (1) o bien diligentissimus (2) con las -- de diligentia o pater familias.

La culpa levissima que en el derecho justiniano es un criterio de imputación de carácter excepcional, -- constituye la vertiente negativa de la diligentia -- exactissima. Viendo en esta un criterio de imputación más perfeccionado y recio que en los otros dos anteriores, nada parece impedir la consideración de la culpa levissima como la cara opuesta de la exactissima -- diligentia, de la misma manera que la culpa levis lo es de los otros criterios de conducta, o de la misma manera, y ya desde un plano general, que la culpa se configura como la vertiente negativa de la diligencia.

Salvo aisladas excepciones, la referencia a la culpa levissima, hace alusión al requisito de la exigencia superior a la del buen padre de familia, así como a -- la de la quam suis.(3)

Utiliza el derecho justiniano además de los dos criterios normales, el de la exactissima diligentia con miras a su individualización de los dos anteriores, para aplicarlo a la valoración de la responsabilidad del deudor en algunas relaciones (4), que estaban nece^sitadas para llegar a buen fin, del empleo de una mayor diligencia que la que podían proporcionar la apli^ccación de los dos criterios normales. De esta manera fue reclamando la exactissima diligentia de manera -- paulatina, una individualización frente a estos.

Esta necesidad de satisfacer, en algunas relaciones -- particularmente delicadas, la exigencia de una severi^ddad mayor no conseguida por la aplicación de la dili--gencia ordinaria, fue lo que dió origen a la introduc^cción de la exactissima diligentia. Configurándose en -- el derecho justiniano como un género particular, como un "tertium genus diligentiae" (5), más acabado y perfeccionado que los otros dos criterios, que consiste -- en una concurrencia "in unum" de estos dos últimos, pe^rro que no se trata de una concurrencia cumulativa, sino por el contrario de una concurrencia compensativa, -- utilizando de ambos solamente lo que en estos haya de positivo, sin tropezar en los inconvenientes de la -- aplicación autónoma o exclusiva de cada uno de ellos.

(6)

(1) GAYO, D.17,2,72: con el socio no está la culpa "ad exactissimam diligentiam dirigenda"... Semejante D.44,7,1,4.

(2) GAYO, D.13,6,18 pr.D.19,2,25,7. ULPIANO (D.9,2,44 pr.), menciona la expresión culpa levissima, si -- bien fuera del ámbito de la responsabilidad con--tractual.

- (3) En este sentido CANCELLI, ob.cit.págs.524 y 525; - GUARINO. "Diritto privato romano". Tomo II.Napoli, 1963, pág.582. DE ROBERTIS: "Exactissima Diligentia" en Stud.doc.hist.iur., 1957 págs.119-148. ARANGIO RUIZ, ob.cit., en donde se pueden ver los sectores doctrinales minoritarios que siguen relacionando la exactissima diligencia simplemente con el criterio de aquella que observa un buen padre de familia.
- (4) Entre las relaciones jurídicas en que encuentra -- aplicación la exactissima diligencia, se encuentran el comodato (GAYO, D.13,6,18 pr.: -en el comodato- talis diligencia praestanda est qualem quisque diligenter pater familias suis rebus adhibet. Semejante D.44,7,1,4); el pignus (Inst.3,14,4); la emptio venditio (D.18,6,3); y la locatio conductio - - (D.19,2,25,7, Inst.3,24,5).
- (5) v. CANCELLI, ob.cit.págs.cit.DE ROBERTIS ob.cit.págs.cit. Así como las opiniones minoritarias que tales - autores citan, que apuntaban que la exactissima diligencia sería meramente un grado particularmente elevado de la diligencia in abstracto.
- (6) v.DE ROBERTIS, ob.cit.págs.cit.

B. La exactissima diligencia como premisa de la culpa - ficticia en los supuestos "in custodiando". Semejanza en el tratamiento de los supuestos "in eligendo" o "in vigilando".

El derecho justiniano, modeló una nueva graduación - de la diligencia para ciertos institutos jurídicos, - que ya en la etapa clásica adolecían de una severa -- responsabilidad. Tal era el caso de las obligaciones comprendidas bajo el ámbito del "praestare custodiam". Se introdujo la noción de diligencia exactissima, - lo que en definitiva nació una nueva graduación en - diligencia debida. (1)

La agravación o intensificación de la diligencia debida, como en principio ocurre en la exactissima di-

lignitia, no debe conducir necesariamente a que el - nuevo grado de comportamiento ahora originado no pueda ser de ninguna manera alcanzado por un hombre medio o normal. Esto parece ser el pensamiento de GAYO, cuando afirma que en el supuesto del "socius" no va la culpa dirigida "ad exactissimam diligentiam"; con lo que podría pensarse -precisamente por la mención que el mismo GAYO hace de la culpa- que la exactissima diligentia no constituye una conducta imposible - de observar por el hombre medio, de lo contrario quizás no la hubiese situado como opuesta a la diligentia quam suis. (2)

Parece que la exactissima diligentia no se corresponde con un tipo ideal de conducta de carácter absoluto. Se exige al buen padre de familia el grado máximo de diligencia en determinadas relaciones jurídicas. Así el "quisque diligentissimus pater familias" de GAYO (3), no sería de considerar como un tipo ideal superior al bonus pater familias. La utilización del -- término superlativo expresa únicamente el grado máximo de diligencia que se exigiría de este. (4)

Ahora bien, desde un punto de vista teórico, el tipo ideal poseería la capacidad y aptitud necesaria para evitar o prevenir determinados acontecimientos de -- aquellas concretas relaciones jurídicas, que en la -- etapa justiniana llevan aparejadas una fuerte responsabilidad. Impediría así el hurto de cosas ajenas (5), evitaría los daños o estragos producidos por las ratas (6) o la rotura de las columnas con motivo de su transporte (7).

El hecho real sin embargo es que la construcción de -- semejantes relaciones jurídicas, impiden al buen padre de familia en la mayor parte de los casos, el que

pueda de manera efectiva, prevenir o evitar tales - acontecimientos, aún con el empleo de la mayor diligencia a él posible, que, en la línea en que hasta ahora se ha conceptuado, no sería otra que la exactissima diligentia. Las exigencias de conducta han sobrepasado sin embargo, incluso el grado máximo de diligencia que podría ser esperado de un hombre prudente y ordenado. Este no podrá evitar siempre y en todo caso, las consecuencias perjudiciales que se puedan ocasionar en los supuestos antes mencionados.(8)

Lo que quizás ocurre, es que con la introducción de la exactissima diligentia no se tome ya quizás como modelo de conducta, aquella del buen padre de familia, incluso con la consideración de su grado más alto, sino que se adopta en principio un criterio de - conducta que se corresponde con un tipo ideal, criterio este que ordinariamente no va a poder ser alcanzado por aquel. (9) El derecho justiniano, ha transformado la custodia del derecho clásico en una responsabilidad -que en teoría ha dejado ya de ser objetiva- por lesión de una diligencia "in custodiendo", que con la recepción del superlativo "exactissima", acuña no un mayor o menor grado de conducta exigible a un buen padre de familia, sino un tipo ideal de -- conducta que rebasa en gran manera a aquella.

La fuerte responsabilidad contenida en los textos del Digesto, originó una dureza tal en la exigencia de - la diligencia debida -precisamente la exactissima diligencia-, que el hombre medio no estaba en situación de observar, con lo que en realidad -y a la vista de la responsabilidad sin más por la causación de determinados resultados, así como por la no admisión de prueba en contrario- se fue en definitiva a parar al instituto de la culpa ficticia. (10)

La transformación de la custodia clásica en una nueva diligencia con el calificativo de exactissima, - no tuvo quizás otro fin que mantener en el período justinianeo, las ventajas de la responsabilidad objetiva para tal instituto del derecho clásico (11); aportando tal cambio desde un punto de vista general muy pocas modificaciones materiales.(12)

Aquellos supuestos que se reconducen a la esfera de aplicación de la "culpa in eligendo" o bien "in vigilando", sufren en el derecho de la Compilación un tratamiento semejante a los anteriores.

En el marco de la locatio, tanto en su modalidad de "locatio rei", como en la de "locatio operis faciendo", venía el deudor obligado a responder del incumplimiento, tanto si lo había provocado él directamente por su propia conducta, como si lo había causado una persona dependiente de él, o incluso aquella que obrase bajo la esfera asignada a su control y vigilancia (13). Se produce asimismo en tales supuestos una presunción "iuris et iure" (14) en la culpa del obligado, que no admite prueba en contrario. La diligencia del obligado, in eligendo o in vigilando, conlleva también el calificativo de exactissima.

-
- (1) v. Betti (Instituzioni di Diritto Romano, cit. págs.350 y ss.), quien indica que la custodia en esta etapa se configura como "garanzia die conservancione per la restituzione die Res affidata". Para GAYO (D.13,6,18), la exactissima diligentia ha tomado el lugar de la custodia clásica. v.también CANCELLI, ob.cit.págs.524-525;y W.KUNKEL.SZ 45 (1925) págs.270 y ss.
- (2) D.17,2,72: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis

rebus adhibere solet. v.también HOFFMANN ("Die - Abstufung..." cit.), pág.13.

- (3) D.13,6,18 pr.
- (4) BETTI (Instituzioni...cit.pág.404) llega a consideraciones semejantes: "tipo d'uomo normale (diligens pater familias), inteso como tipo ideale (diligentia exactissima) o como tipo ordinario - (con término antitetico nella culpa levis).
- (5) GAYO. D.4,9,5, pr.; ULPIANO D.47,2,14,17; 47,2,48,4.
- (6) ULPIANO D.19,1,13,6.
- (7) GAYO, D.19,2,25,7.
- (8) J.IGLESIAS, parece aproximarse a la concepción - de la culpa ficticia cuando señala que: "deten- tando la cosa un contratante en provecho propio y viniendo obligado a la restitución, la pérdida de la misma le hace incurrir en responsabilidad, una responsabilidad que tiene su fundamento tan- to en la propia falta de diligencia -culpa- como en supuestos donde el factor voluntad nada juega" (ob.cit.pág.458).
- (9) W. KUNKEL. Diligentia.cit.pág.262.
- (10) CANCELLI ob.cit. págs.524 y 525.
- (11) BETTI. Instituzioni... cit.pág.354; KUNKEL W. ob. cit. págs.284 y ss.CANCELLI ob.cit.págs.cit.
- (12) La exigencia de que la prestación sea de posi- - ble realización, como se desprende de la máxima del Digesto, impossibilium nulla obligatio est (44,7,3 pr.), no se ve quizás de esta manera -- forzada. "Cuando no se trata de imposibilidad - objetiva sino atañedora a la persona del deudor, la obligación surge válidamente. (J.IGLESIAS, - ob.cit.págs. 350-351.).
- (13) En la "locatio rei" quedaba obligado el arrenda- rio a "praestare culpam servorum et eorum qos- - cumque induxerit" (D.19,2,11 pr.), semejante -- D.19,2,60,7. Sobre la "locatio operis faciendi", se encuentran también textos en el Digesto que transcurren en la misma línea. Parece ser sin em bargo que en estos últimos el juicio de la culpa bilidad, no se extrae propiamente de una "quaes- tio culpae", tendente a juzgar o valorar la dili gencia desplegada en la elección y selección del colaborador, o en la vigilancia sobre el trabajo

por este último desarrollado; sino a través de la simple observación de hecho de la idoneidad del - tercero con relación a la misión a él confiada, o bien de su infidelidad. (sobre esto D.4,9,7,4,47, 5,1,5; 39,4,3 pr.)

- (14) Que excepciones, y bajo que presupuestos y condiciones, puedan presentarse sobre una tal presunción convirtiéndola en su contraria de la "iuris tantum", es un problema todavía no resuelto a causa de la poca claridad e incluso de los términos contradictorios con que se expresan los textos justinianos. De indicar sin embargo, es que la postura más extendida es la arriba señalada. Las eventuales excepciones a esta, indicarían en todo caso una dulcificación en las exigencias de aquella diligencia calificada de exactissima. v.DE LA SERNA. ob.cit. pág.141.

6. La "utilitas contrahentium" y su influjo sobre la diligencia debida.

Habiendo ya generalizado, como vimos, el derecho post clásico el término de culpa con objeto de medir la - responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, es en este período, así como en el justiniano, cuando los juristas intentan establecer la escala de responsabilidad del obligado a través del denominado principio de la "utilitas contrahentium" (1). La aplicación de tal principio (2), lleva aparejada el examen del mayor o menor interés que las partes puedan - tener en la relación jurídica en concreto. La responsabilidad va a quedar de esta manera determinada por el "quantum" de utilidad o provecho, que la relación presentaba para el obligado.

Algunos textos de la Compilación han sido receptivos a este principio. GAYO distingue entre el commodatum "gratia accipientis", en el que hay que observar una exactissima diligentia y el commodatum "gratia utriusque", en el que la culpa experimenta la misma valoración que en los supuestos del pignus o de la respon-

sabilidad dotal. (3) Del diferente grado de utilidad que para el obligado suponen las dos manifestaciones del comodato, se han originado exigencias distintas en el grado de diligencia a observar.

ULPIANO, en el depósito gratuito, hace solamente responsable al depositario por "solus dolus", por cuanto la utilidad para el depositario es inexistente(4). Con la venditum, locatio conductio, pignus y societates, la responsabilidad abarca al dolo y a la culpa, por cuanto que en tales institutos la "utilitas" se da tanto de parte del acreedor como del lado del deudor (5).

Como regla general se puede afirmar que de esta manera, queda la responsabilidad limitada al dolo o a la culpa lata, cuando la relación jurídica se constituye en único provecho del acreedor, en tanto que aquella se va a extender hasta la culpa levis, cuando la relación mira al provecho exclusivo del deudor o bien de ambos. (6)

La utilitas contrahentium, vino en cierta manera a reformar y mejorar las consideraciones y valoraciones de los juristas clásicos. Las nociones poco claras del "custodia et diligentia", son precisadas con la ayuda del principio de la utilidad. No parece sin embargo que haya tenido mucha importancia en el derecho justinianeo por cuanto se consideró en parte como un sistema torpe e incompleto. (7)

(1) v.M.KASER ob.cit.pág.169.

(2) Sobre esto puede verse: ARANGIO RUIZ (Responsabilítá... cit.págs. 29 y ss.); BETTI (Institutio ni...cit.págs.377 y ss); KUNKEL W.(ob.cit.págs. 312 y ss.).

- (3) D.13,6,18. Semejante, D.13,6,10,1; 19,5,17,2.
- (4) D.13,6,5,2:... "quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur". Semejante también ULPIANO, - en D.13,6,5,10.
- (5) ARANGIO RUIZ, BETTI, KUNKEL W. (ob.cit.págs.cit.).
- (6) J. IGLESIAS. ob.cit. pág. 460. Semejante KASER, ob. cit. pág.cit. y GOMEZ DE LA SERNA ob.cit.págs.139 y 141.
- (7) M. KASER ob.cit.pág.cit. Sobre su utilización por - el derecho bizantino tardío, consúltese HOFFMANN -- ob.cit. págs.31 y ss.

2. LA SITUACION HISTORICA EN EL DERECHO INTERMEDIO.

I. Introducción

1. La primacía del carácter objetivo.

Culpa y diligencia van a encontrarse con problemas de - sustantividad en este período, por cuanto que en un prin- cipio, el problema de la imputación de la responsabili- dad fue configurado bajo un punto de vista primordialmen- te objetivo. Con las legislaciones bárbaras va a estar - sólo prácticamente en escena, la concepción meramente ob- jetiva de la culpa.(1) En tal etapa se origina por consi- guiente la responsabilidad, cuando un evento impedía el cumplimiento de una obligación, ocasionando un daño, con independencia de la diligencia prestada por el individuo - afectado de responsabilidad. Esta concepción objetiva -- se extendió tanto al campo extracontractual como al con- tractual.

El carácter marcadamente objetivo de este período, venía reflejado en diversos textos jurídicos, tales como por - ejemplo el Edicto de LIUTPRANO, que haciendo referencia en su capítulo 131 a la custodia debida por el deposita- rio, no preveía ni el dolo ni la culpa como presupuestos esenciales de la responsabilidad del mismo. (2) Culpa y diligencia en este período adolecieron de la relevancia jurídica que habían gozado con anterioridad en el dere- cho romano.

(1) PREDELLA. bo.cit.pág.21.

- (2) Semejante el Edicto de ROTARIO que en su capítulo 327, bajo el título de "caballo praestitio", establecía que el beneficiario o el conductor de un caballo, de un buey o de un perro, o de otro animal era responsable (damnum conponat) si había -- provocado un daño (damnum fecerit): no precisaba sin embargo, si el beneficiario o el conductor, -- era en efecto responsable de un daño de hecho producido, sin ninguna otra consideración, o si por el contrario era solamente responsable de un daño causado por su comportamiento doloso, o bien, por no haber observado la diligencia debida. (M.BELLO MO. Enciclopedia del Diritto.XII, págs.528 y ss. - (v.asimismo PREDELLA, ob.cit. págs. cit.)

2. La vuelta a los esquemas romanos.

Sin embargo surgen de nuevo los principios anclados en -- la tradición romanística, que en línea de una renovación jurídica, se orientan hacia una noción de cierta subjetivización en la responsabilidad, que recortan o aminoran la fuerte y quasi absoluta objetividad que las invasio-- nes bárbaras habían provocado. La actividad, la conducta y el comportamiento del sujeto, se valorarán y vendrán -- conformados de nuevo, por las nociones de la culpa y de la diligencia.

Ya en el siglo XII , comienza de nuevo la diligencia a -- ser objeto de variados planteamientos y diversas soluciones, por obra de los glosadores, que en cierta manera redescubren las fuentes romanas, realizando con ellas, trabajos de interpelación y cordinación.

Sin embargo, no se trataba solamente de desarrollar aquellas fuentes romanas olvidadas en cierta manera durante el período bárbaro, sino también de configurar o tratar de configurar, nuevos aspectos y nociones de la diligencia, por medio de renovados estudios y definiciones so-- bre esta. (1)

- (1) TOMAS DE AQUINO (Summa Theológica II,II.q.54) asigna a la diligencia las notas de prontitud -con lo que la diligencia recupera la idea de actividad que le había asignado el derecho clásico (v.ARANGIO RUIZ Responsabilitá...cit.pág.172)- cuidado y prudencia, definiéndola como una "selecta atención de aquellos medios que conducen a un fin" ("Electio...recta eorum quae sunt ad finem"). Examina asimismo las relaciones y límites entre diligencia y negligencia, -- así como entre prudencia e imprudencia; la indolencia, como especie de apatía anímica en el deudor, o situaciones tales como la "omissio" del comportamiento debido. (cit.por BELLOMO ob.cit. pág.530).

II.-La posición del derecho medieval

La doctrina medieval, retorna a la tripartición romana de la culpa, conservando así los glosadores -- los principios de la graduación de la diligencia romana en mínima, exacta y exactísima. Si bien las miras de los glosadores se posaron sobre tal graduación; no por eso se descuida el tratamiento de la diligencia quam suis.

1. "Mínima" diligencia e "imperitia"

La idea de que todo sujeto inmerso de una forma u otra en un ordenamiento jurídico, debe desarrollar su actividad con un mínimo de diligencia, sea en relaciones contractuales, sea por el contrario en las extracontractuales, es denominador común en el derecho intermedio, al igual que lo había sido en el derecho romano, no disintiendo las fuentes a este respecto de las anteriores romanas. (1)

Los juristas medievales exigían en efecto una diligencia mínima, delimitándola y conformándola como -- aquella surgida de la "natura" o aquella que era co

mún y general a todos los hombres. (2)

Fijado ya el criterio conformador de la diligencia mínima, surge sin embargo el problema de la significación verdadera y exacta de lo que pretendía entenderse por "natura" o por "naturalis ratio", así como la potencial adecuación a la "communitas hominum" (3), con lo que se opera de nuevo una remisión a las fuentes romanas, para tratar de dar un contenido real a tales expresiones. Ya en las fuentes romanas se precisaba que la diligencia mínima consistía para el sujeto en cuestión en "intellegere quod omnes intelligunt". Esta noción romana, fué adoptada por el derecho intermedio.

Por medio de la doctrina canónica se utiliza ya en los siglos XIV y XV una medida en cierta manera distinta de las anteriores que excederá la propia noción de diligencia, para adentrarse en cierto modo en el campo de la ineptitud o impericia, al hablar de "scire quod omnes sciunt". BARTOLO que veía como origen y fuente principal de la negligencia la ineptitud o ignorancia del sujeto (4), utiliza la medida "scire quod omnes sciunt", para indicar que la máxima negligencia, tiene lugar cuando el individuo ignora las reglas del comportamiento, no ya solamente las comunes de todos los hombres, sino aquellos que ejercitan la misma actividad o profesión. (5)

En la locatio conductio, en actividades como las artesanas o artísticas es exigida -frente al profano- una diligencia mayor (6), con lo que la aptitud y capacidades del sujeto, van a quedar ya plasmadas como presupuestos de su diligencia debida; surgiendo empero la negligencia de manera general a causa de la asunción inicial de la culpabilidad por el sujeto. La culpa lata no se originaría por consi-

guiente -con BARTOLO- meramente de una manifiesta ineptitud, sino de que esa ineptitud hubiera sido ocasionada negligentemente.

- (1) La aproximación de la culpa lata al dolo, se constituye también como nota característica en el Derecho Intermedio. (GOMEZ DE LA SERNA.ob.cit.pág.140).
- (2) El hombre -decía AZONE- debe ser "diligens ut natura -desideret, vel ut homines consueverint esse diligentes!" ACCURSIO indicaba que cada uno debe procurar evitar el ser "negligens ultra naturam hominis". JEAN DE BLANDT, decía que cada sujeto debe comportarse, "ad eum modum.. quod hominum communitas exigit...", y FABER, afirmaba -análogamente "...sufficit quod praestet talem, qualem -communisi natura hominum, qui non admodum sapientes et vigilantes reputantur consueverunt in talibus praestare.!" (en BELLOMO ob.ct. págs.cit.). Moderna parece ya la definición de la culpa de BLANOSCO: diligentia quam communis hominum natura desiderat (ENGELMANN. Die Schuldlehre der postglossatoren und ihre Fortentwicklung.1895 págs. 190 y 192.)
- (3) La apelación a la exigencia de una diligencia común y -general a todos los hombres, se ve también en BARTOLO, quien definía la culpa lata: "lata culpa est in suis -- rebus et alienis aeque conversando illius diligentiae -defectus, quam communiter exigit in omnibus ratio naturalis...", indica también el mismo autor que:..."diligentiam quis adhibet, quam hominum communis natura desiderat". (En Enciclopedia del Diritto ob.cit. págs. cit.).
- (4) "...lata culpa venit ex ignorantia...".
- (5) Siguiendo la tendencia ya iniciada en el Derecho Romano, orienta BARTOLO la diligencia según los distintos -tipos de actividades o profesiones: "homines diligentes eiusdem conditionis et professionis" (en ENGELMANN. Die Schuldlehre...cit.pág.192).
- (6) Así HOFFMANN ob.cit.pág.65.

2. La "exacta" diligencia.

La vuelta al espíritu y fuentes del derecho romano, originó también la correlativa de la figura del bonus et -

diligens pater familias, que, en lo que respecta a Italia comenzó de nuevo a tomar auge en los denominados estatutos comunales. (1)

El sujeto, inmerso en el ordenamiento jurídico debe actuar y comportarse, no solo observando una mínima diligencia, sino también y además observando una exacta diligencia, aplicable tanto al campo contractual como al extracontractual. Al igual que en el derecho romano, debe comportarse, hacer u omitir aquello que en su caso haría u omitiría el diligente padre de familia.

La exacta diligencia, con el criterio del buen padre de familia, es recogida por los juristas medievales (2) y exigida en el arrendamiento, compraventa, stipulatio, negotiorum gestio, legado, mandato y en la prenda. En -- virtud de la autonomía de la libertad contractual de las partes, los criterios de medida de la diligencia a prestar, podían ser variados y modificados en cuanto a su -- alcance, pudiendo darse en consecuencia el caso de que -- se prestase por convenio entre las partes, no una exacta, sino una mínima o exactísima diligencia. (3)

(1) PREDELLA (ob.cit.pág.21) recoge algunas de las menciones contenidas en estos estatutos: el agricultor debe comportarse cual "bonus et sollicitus laborator" (estatuto de Rimini), o como indicaba el de Assis: "ad usum boni laboratoris". La obligación, especialmente la de trabajo, viene ejercida "diligenter ac sollicite", o bien "cum summa fide et diligentia" (estatuto de Trieste.) El encargado del fundo, debe cultivar la tierra, "diligenter et bona fide" (estatuto de Rieti). Sobre los estatutos comunales puede verse también DE ROBERTIS. Il contratto de lavoro negli statuti mediovali. Riv.it. scienze giur.1932, en particular sobre la diligencia, pág.29.

(2) BARTOLO, señala que la culpa "est deviatio ab eo quod bonum est, quod per diligentiam hominis potest praevideri" (en ENGELMANN ob.cit.pág.17). BALDO, indica que "levis culpa est facere quod faceret, vel omittet diligens, vel diligentior (en BELLOMO ob.cit.págs. cit.).

3. "Exactissima" diligentia. Dulcificación del criterio

El derecho intermedio usa y utiliza el término exactissima diligentia como algo que sobrepasa y transciende, de un lado a la diligencia mínima, y del otro a la diligencia exacta. Como criterio inmerso dentro de la noción general de la diligencia, lleva, al igual que en el derecho romano, la noción correlativa de culpa, se origina pues al igual que en aquel, la correlativa responsabilidad por culpa levissima (1). Hay sin embargo diferencias entre la noción romana de la exactissima diligentia y la noción de que la misma se forma el derecho intermedio, que merecen objeto de atención.

Los juristas medievales han creado en cierta manera una categoría unitaria de la exactissima diligentia, inexistente en la compilación justiniana (2). La culpa levissima se originaba por la inobservancia de la diligencia del bonus et diligentissimus pater familias (3), o por falta de una exactissima diligentia (4).

Por otra parte fue utilizada en ocasiones la exactissima diligentia, a manera de dilimitación del "casus fortuitus"; ocurriendo sin embargo su equiparación en determinadas circunstancias. La reconducción de ciertos supuestos problemáticos -tal parece ser entre otros el caso de "furtum"- (5) a la esfera del caso fortuito, condujo consecuentemente a una reducción y dulci-

ficación de la responsabilidad, por cuanto que las mismas fuentes mencionaban que con casus fortuitus no tenía lugar la responsabilidad (6).

La imputación de la culpa levísima, queda así en cierta manera recortada, en base a que el ordenamiento jurídico, no puede obligar al hombre a realizar actividades con carácter normal, que sólo correspondería hacerlas u observarlas en situaciones especiales o extraordinarias.

El pensamiento jurídico medieval utilizó el criterio del diligentissimus pater familias tanto en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales, no siendo exigida la exactissima diligentia en todas las obligaciones nacidas de contrato, sino solo para algunas, habiendo en este sentido, opiniones altamente controvertidas, como es por citar un ejemplo, el caso del depósito; en el que según su carácter y naturaleza, y según la distinta aplicación de la "utilitas contrahentium", hacían que oscilasen las reglas de valoración, desde la exigencia de la mínima diligencia, pasando por la exacta hasta llegar a la exactissima, con lo que en definitiva se volvió a la problemática ya existente en la etapa justiniana (7).

(1) Así DILCHER H. Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, kommentatoren und kanonisten. Frankfurt 1960. pág.75.

- (2) M. BELLOMO (Enciclopedia...cit. págs.cit.
- (3) ACCURSIO indicaba, que había que prestar actividad en la misma forma que como lo haría y preveería un diligentísimo padre de familia. Una diligencia exactísima impide el robo o el incendio, y estos se producen si consiguientemente falta en el sujeto aquella -- exactísima diligencia. (en BELLOMO ob.cit. - págs.cit.). PREDELLA señala que la doctrina medieval conceptuó la culpa levísima como la falta de diligencia de un buen padre de familia, extraordinariamente "accurato". (ob.cit. pág.22).
- (4) BLANOSCO, se refiere a un "defectum summae sapientiae": "...deficere sapientia, quae in - hominum natura soleat reperiri... et adeo diligens est hodie, secundum quod fuit retro; in eo tamen consistit, quod per defectum summae sapientiae se habuerit". Con lo que parece -- que la noción de diligencia, incluso con el - calificativo de exactísima, toma en consideración, al igual que en la culpa lata, la pericia del sujeto. (v. HOFFMANN, ob.cit. pág.37).
- (5) v. nota Nr.3 de esta página.
- (6) HOFFMANN ob.cit. págs.36 y 37.
- (7) Sobre el principio de la utilitas contrahen--tium en el derecho intermedio puede verse DILCHER ob.cit.págs.20 y ss.

4. La diligencia "quam suis".

Se ha visto ya que las fuentes romanas hacían referencia al lado de la diligencia del buen padre de familia -de carácter abstracto- a una diligencia que conllevaba a un carácter concreto, viniendo así la medida del comportamiento del sujeto referido no a una conducta abstracta y ajena al sujeto agente, sino por el con--trario referida a una medida propia del mismo sujeto: el cuidado y esmero que solía poner en sus propios -asuntos.

Si bien puede afirmarse que los juristas medievales -no han visto los supuestos problemáticos de la diligentia quam suis, en los mismos términos que los juristas romanos, hay sin embargo que indicar, que al igual que aquellos aplican estos la diligentia quam suis al socio, tutor y coheredero, y que la mencionan como un -tipo de diligencia diferenciado, tanto de la exacti--ssima como de la exacta diligencia. (1)

Normalmente la falta de una diligencia quam suis, originaba una responsabilidad por dolo, por cuanto que para los glosadores medievales, era constitutivo de la misma, aquella conducta del sujeto que incumplía, por no haber usado "in rebus alienis" la misma diligencia que solía emplear en sus propios asuntos. Con todo su lesión iba dirigida más bien a la culpa lata que al -propio dolo, conceptos estos que aún considerándose -similares, no llegaron a constituir objeto total de -identificación. (2)

(1) v. DILCHER.ob.cit.págs. 26 y ss.

(2) Señala HOFFMANN (ob.cit.pág.41), que los glosadores ya planteado afirmativamente la cuestión de

si, caso de que el sujeto sea diligentísimo y observe no obstante solamente una diligencia media, se pueda considerar esto como una lesión de la diligencia quam suis. Tal falta daría lugar a la aparición de la culpa levísima. Por otra parte la diligencia quam suis no exonera de responsabilidad por "nimia neglegentia"; idea que por lo demás y con posterioridad pasaría a algunos ordenamientos civiles como lo fue el caso del BGB alemán.

III. Panorama general en el derecho español

1. Régimen de libertad en el trabajo y poder directivo.

Pocas diferencias sustanciales son de observar en el derecho español, que no fueran ya, en mayor o menor medida, conocidas o tratadas por el derecho romano. (1)

Aplicándose de manera general las directrices que sobre la diligencia había desarrollado el derecho romano, (2) son los fueros existentes, los que van a ir en gran parte matizando para cada caso concreto aquella, si bien quizás más por una vía negativa, señalando las consecuencias jurídicas que se originan de su no observancia, que el hacerlo por una vía positiva asignándole un contenido concreto para cada situación jurídica en particular.

Hablar de una diligencia "laboral" durante este período, al igual que en Derecho Romano, (4) carece en realidad de fundamento, por falta de libertad real del trabajador, así como por la existencia de un fuerte vínculo del mismo a la potestad de su amo o patrono, que hace que las relaciones laborales no se fundamenten tanto en un -

verdadero contrato, como en una relación de fuerte dependencia o servidumbre personal. (4)

La contratación, sobre todo en la primera parte de la edad media, es prácticamente inexistente. El -- personal dedicado al trabajo del campo es en realidad siervo y no "trabajador". La relación que liga a este con su amo no es en efecto contractual, sino que por el contrario es marcadamente servil, de -- quasi esclavitud. (5) La industria (el artesano de entonces), descansa básicamente sobre el denominado "trabajo familiar", del que obtienen común utilidad todos los miembros de la agrupación familiar, con -- lo que la oportunidad del desarrollo del mecanismo contractual se vió en este sector poco favorecido. Por otra parte no desaparece en esta época el régimen de prestaciones laborales forzosas, que había -- tenido ya su origen y desarrollo en la organización social del antiguo Egipto y posteriormente en el derecho romano. (6)

Con todo, la progresiva ampliación y desarrollo de la libertad contractual, así como el progreso en -- los criterios salariales por el trabajo realizado, constituyeron el tránsito hacia el contrato de servicios, permaneciendo de manera clara en la construcción jurídica del mismo, la influencia del arrendamiento de servicios romano, que será recogida en el Código de la Siete Partidas (7). La fuerte dependencia personal perdura sin embargo, incluso con la introducción y el progresivo perfeccionamiento del mecanismo contractual.

Bajo tales presupuestos hay que deducir la diligencia exigible, de los usos locales y profesionales,

de las costumbres existentes, así como el amplio - poder directivo del señor, con lo que a pesar de los límites objetivos existentes impuestos por el derecho (8), "no se advierte en el derecho medieval un límite a la intensidad del trabajo exigible, en lo que parece campear el derecho de dirección. (9)

- (1) Una visión completa desde la perspectiva del derecho comparado, puede verse en GOMEZ DE LA SERNA, ob.cit.
- (2) Las Partidas (Partida VII, Ley 11. Título 33), contenían la graduación tripartita de la culpa romana. Se indica en la mencionada Partida VII, que la lata, es como necedad, teniendo semejanza con el engaño; la leve es pereza o negligencia (aparece así la falta de diligencia como noción equiparada a la de pereza); la levísima, es la falta de cuidado que emplean los hombres de "buen seso" en cuidar de sus negocios. (en - G.DE LA SERNA ob.cit.pág.170).
- (3) Por cuanto la estructura laboral y social existente en la Roma antigua, tampoco se puede inferir la existencia de una diligencia propiamente laboral. La exigida a la actividad de los esclavos es en cierto modo reflejo de su propio status jurídico y social. Se desorbita este deber en tal medida que deja prácticamente de existir por inconsistencia jurídica. Inexistente la voluntad del esclavo, ("en cuanto que como cosa - era incapaz de voliciones jurídicas, y por supuesto, de la volición de trabajar o de dejar - de hacerlo", como indica ALONSO OLEA en su Introducción al Derecho del Trabajo. Madrid 1963, pág.44), más que de negligencia por lesión de - sus deberes laborales, se debe hablar de una -- transgresión del poder dominical del amo (v.ALONSO GARCIA. Curso de Derecho del Trabajo. Barcelona 1971 pág.53; ALONSO OLEA, ob.cit. pág.44; BAYON CHACON. La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Madrid 1955, págs.37 y 43). En cuanto al régimen jurídico de los trabajadores libres asalariados, si bien se acerca a un verdadero estamento laboral libre (v.ALONSO OLEA , oc.cit.págs. 48-49), siguen no obstante poseyendo determinadas características que lo asemeja al régimen de los esclavos (v.Historia General.. cit.vol.I pág.389; D'ORS A.ob.cit. pág.474; VON

GIERKE O. Festchrift fuer Brunner. 1914 pág. 39; MARTINI R. Quaderni die "Studi Senesi" Milano 1958 págs. 81-82; DE ROBERTIS. Lavoro... cit. págs. 168 y ss., 178 y ss.) Las relaciones concernientes al trabajo se han reconducido en su mayoría en el Derecho Romano a la figura de la locatio conductio, (v. MARQUERON. Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine. Aix-en-Provence. 1958 págs. 186 y ss.; MAYER-MAY. Locatio Conductio. Wien-Muechen 1956. DE ROBERTIS. I Rapporti di lavoro nel Diritto Romano. Milano 1946), si bien el trabajo artesano, el doméstico y el forzoso u obligatorio, así como los prejuicios sociales del ciudadano romano de trabajar por cuenta de otro, ocasionó que el trabajo, y en general el trabajo asalariado, no tuviese una amplia - regulación jurídica (v. ALONSO OLEA ob.cit. págs. 43 y - 46; BAYON CHACON ob.cit. pág. 40; Historia General..... cit. vol. I págs. 307 y ss.) A pesar de sus diversas modalidades, la institución de la locatio conductio tenía en el fondo carácter unitario (v. BAYON CHACON ob.cit. pág. 85), porque en definitiva la configuración del trabajo en el derecho antiguo, como puesta a disposición de la persona del trabajador y no de su energía (v. DE ROBERTIS. Rapporto... cit. pág. 291), no se perdió del todo en las etapas posteriores del derecho romano con lo que el trabajo siguió adoleciendo de la referencia tanto a la personalidad del trabajador como a su prestación como actividad (v. BAYON CHACON ob.cit. - pág. 37; J. IGLESIAS pág. 395; MAYER-MALY ob.cit. págs. 17 y ss. Señala O. von GIERKE -en ob.cit. págs. 37 y ss., y pág. 68- que la locatio conductio operatum, al surgir - de la "Sachmiete", acuñó también para el trabajo libre asalariado, el sello de la "Unfreiheit"). Quedó así en cierto modo el trabajo, regulado conforme a criterios propios del derecho de cosas, quedando de esta manera imperceptibles diferencias esenciales entre la locatio operarum, la operis, y la locatio rei. (Ni GAYO tampoco ULPIANO y PAULO indica J. IGLESIAS, en ob.cit. pág. cit., tratan separadamente los casos de la locatio conductio que la doctrina moderna agrupa en tres categorías. En sentido semejante se expresa MAYER-MALY en -- ob.cit. págs. cit. Indica D'ORS A. en ob.cit. pág. 469 nota nr. 5, que la romanística ha considerado el arrendamiento de servicios como una subespecie del arrendamiento de cosas. Por otra parte, la locatio conductio, señala la GOMEZ DE LA SERNA en ob.cit. se presenta muy semejante a la compraventa). PREDELLA indica en ob.cit. pág. 18, que en realidad la figura del diligens pater familias no ha servido en el Derecho Romano para regular - las relaciones entre patronos y operarios.

- (4) v. ALONSO OLEA ob.cit. págs. 54 y ss.
- (5) GIBERT R., R.P.S.n.101 1974 págs.19 y ss. Normalmente le venía negado al siervo la manifestación de su voluntad de trabajar o dejar de hacerlo, o bien de -- hacerlo para cualquiera. (ALONSO OLEA, ob.cit.pág.55)
- (6) Los trabajos agrícolas eran de obligada ejecución para determinadas personas. El Rey Alfonso X, había ordenado que ningún peón se mantuviera ocioso, "que lo hagan labrar por la fuerza". Viene así el trabajo -- considerado no como una mera obligación, sino más -- bien como sanción a la desocupación inmotivada del vago. (BAYON CHACON: La autonomía... cit.pág.133. v. también págs. 143 y ss.) GIBERT. RPS.cit. pág.62.
- (7) Así BAYON (La autonomía... cit.pág.159). Tampoco se opera ningún cambio sustancial con respecto al derecho romano, entre arrendamiento de servicios y de -- obras. En aquel sigue dominando la idea de actividad, en este la de resultado. v.SERNA p.315 y ss.
- (8) Así, el fuero de Soria matiza el contenido de determinados servicios; el Ordenamiento de Menestrales determina la duración para el contrato de los segadores; los fueros de Cuenca, Teruel y Bribuega entre otros, señalan de manera general, que el jornalero debe continuar su labor, hasta que se oiga el toque de campana puesta por el concejo o bien la de la iglesia, estableciendo cada uno diferentes regulaciones al res--pecto. El libro de las Costumbres de Tortosa, establece un régimen de recuperación del trabajo no realizado a causa del mal tiempo etc. (explicación más detallada se recoge en BAYON (La autonomía...cit.págs.147 y ss.; y GIBERT RPS, cit.págs.65 y ss.
- (9) GIBERT ob.cit.pág.64. El poder de dirección del señor se hizo patente en figuras jurídicas tales como el -- contrato de yuguería (pág.68).

2. Los usos y los fueros.

Si bien el todavía carácter "servilista" de la relación laboral, daba oportunidad al señor de exigir una mayor diligencia en "cantidad y calidad", que la realmente acostumbrada, el uso local o profesional, tuvo sin -- embargo su importancia tanto en los trabajos artesa--

nos como en los agrícolas sirviendo de freno al poder del amo. La práctica social fué paulatinamente introduciendo en las diversas actividades laborales, modalidades y formas de eficiente técnica de aplicación efectiva al trabajo, que con el paso del tiempo se constituyeron en criterio del "cuanto" y del "como" para la prestación de servicios, determinando la responsabilidad del sujeto caso de inobservancia de las mismas.

También los fueros en el derecho de aquellas épocas, son los encargados de fijar de manera más o menos concreta la diligencia exigible. Así por ejemplo el fuero de Villafrontín, indica que el trabajo debe ser como el que realiza para sí mismo el cultivador "bonam laborem et sine fraude". La calidad y efectividad del trabajo, viene en ocasiones consignada con expresiones tales como la contenida en el fuero de San Julián; cuando cada jornada en las viñas se cuenta como dos.

(1)

En los fueros de Cuenca y Brihuega, entre otros, se insinúa un criterio objetivo, fundamentado en el uso profesional o local: se aprecia el rendimiento del operario por lo que labran los demás, lo que de no ser así, podrá dar lugar a la extinción anticipada del contrato, pudiendo entonces despedir el patrono al jornalero sin indemnización, alegando mal trabajo de este, pagándole en ocasiones la labor ejecutada, perdiendo en otras (así en los fueros leoneses y extremeños) el jornalero su salario (2), e incluso llegar a sufrir castigos corporales. (3)

La diligencia "in custodiando" o "in vigilando" se aplica de manera especial a figuras jurídicas tales como el denominado contrato de apacentamientos de ganado. El grado de diligencia, obediencia y fidelidad --

del pastor varía en gran manera según se trate de ganado estante o bien ganado errante o trashumante, -- puesto que en estos últimos casos, presta servicios lejos de la casa del señor.

Quizás existiese para tales actividades la exigencia de observar una exactissima diligencia, sin embargo más teórica que real, y en todo caso menos fuerte que en el derecho romano, por cuanto no parecía originar una culpa ficticia en el pastor, ni su consiguiente -- responsabilidad objetiva por el resultado dañoso producido. El pastor que había perdido alguna oveja, venía obligado en efecto a responder de tal pérdida; -- quedando sin embargo liberado, cuando no hubiese sido culpable de la misma. (4)

En cuanto a la influencia del salario en el rendimiento del trabajador (5), hay que indicar que esta no tuvo carácter decisivo en la diligencia del mismo, si bien se conocen ya ciertas modalidades de salario a destajo como el de los trabajadores que siegan a diezmo. En ocasiones se pagaba por yugada que era un módulo fijo o por el hecho de sembrar, sin importar el -- cuanto.

(1) GIBERT ob.cit.págs. 19 y 20.

(2) BAYON. La autonomía...cit.pág.134. GIBERT ob.cit. págs.65 y 109.

(3) Historia General del Trabajo. Vol.II pág.450. Con carácter sancionador obligaban ya las Partidas a repetir el trabajo a destajo mal hecho.

(4) v. GIBERT ob.cit. págs. 68 y 109.

(5) Sobre esto v. BAYON CHACON ob.cit. págs.152-155.

3. Referencia a la Legislación de Indias.

Una breve referencia al tratamiento de la diligencia -- en la legislación indiana, se revela de indudable interés, por cuanto que la misma va a mostrar, a diferen--cia de la legislación de la metrópoli, algunas especialidades en la diligencia del trabajador indígena, así como el desarrollo y perfeccionamiento de nociones que a través de la historia jurídica, se fueron incardinando paulatinamente en aquella.

La legislación dictada para las Américas, tenía un -- fuerte carácter protector del indio, así como un acusado espíritu ético (1), si bien parece esto haya sido -- solo en teoría, por cuanto se había revelado de escasa eficacia en su aplicación práctica, a la vista de la -- realidad de la vida social y económica. (2)

El interés de la corona se había centrado en regular de la manera más minuciosa posible el trabajo y condiciones laborales de los indios con un doble objeto.

De una parte en orden a evitar los posibles abusos y malos tratos que los indios pudiesen recibir de los colonizadores; de otra, en orden a paliar la holgazane--ría y ociosidad, que la corona suponía connatural -- al indio (3), por lo que se le encargaba a las autoridades la tarea de inducir a los indios a trabajar (4) por medios suaves y pacíficos, sin que esto fuese obstaculo a la implantación en determinadas circunstancias de una política de trabajo obligatorio, que no solo se iba a extender a aquellos, sino también a todo aquel -- que entonces habitaba las Indias, incluso a los colonizadores. (5)

Con respecto al espíritu de protección del trabajo y -- condiciones laborales del indio, es de destacar aquí -- algunas especialidades de interés para nuestro estudio.

Se reglamentaban las condiciones de trabajo; control de la duración de la jornada laboral del indio; tasa ción de un jornal justo, con garantías establecidas para el pago del mismo devengado por el indio, que - llevaban aparejadas a menudo fuertes sanciones para caso de su incumplimiento; así como y en general, -- los derechos y obligaciones conformadores de la relaci ón entre el obrero indígena y su patrono. (6)

El Derecho Indiano muestra una fuerte consideración a la propia personalidad del indio, desde dos perspecti vas fundamentales.

En primer lugar atendía a su deseo o voluntad de querer o no realizar un determinado trabajo. Así por ejemplo a los indios del pueblo de San José de Turbará, en la provincia de Cartagena, se ordenó el 30 de mayo de - - 1723, que no se les obligase al trabajo de pozos y for tificaciones, más que cuando voluntariamente lo quisiera n realizar, mediando en todo caso una justa retribuci ón (7); prohibiéndose por otra parte y como regla ge neral, el que los indios cargasen y transportasen mercan cías "contra su voluntad ni de su agrado"; permi tiéndose sólo en aquellos casos "donde no hubiere cami nos abiertos o bestias de carga...vista la necesidad y que de otra forma no se puede suplir". La implantación del trabajo a destajo venía solamente permitida, cuando a este respecto mediara voluntad afirmativa del indio. (8)

En segundo lugar se contempló la personal aptitud y - capacidad laboral del indio, con lo que en un princi pio no se puede hablar de rendimientos objetivos, ge nerales e iguales para todos. Los trabajos a realizar por los indios no serían excesivos, ni superiores a lo que permitiera la naturaleza de cada uno. (9)

"Se ordenaba la intervención gubernativa en el trabajo, para que las labores fuesen apropiadas a la complexión y fuerzas de cada uno y se repartiesen por igual, a fin de que el alivio y beneficio de unos, no fuese un recargo de trabajo para otros".(10)

En el trabajo de Mita, debía ser fijada la jornada laboral de acuerdo con la complexión y constitución física de cada uno. Así las Leyes de Indias (Libro VI, Tí-tulo XII, Ley XXVI), indicaban que los virreyes, presidentes y gobernadores señalasen las "horas (de trabajo) en que se hubieran de ocupar (los indios) cada día, con atención a sus pocas fuerzas, débil complexión y cos--tumbre en todas las repúblicas bien ordenadas". (11)

Permitiéndose en el trabajo de Mita el destajo, con lo que se introducía de alguna manera el estímulo económico a un mayor rendimiento (12), debía mediar sin embargo la intervención de la autoridad con el fin de evi--tar los abusos que podían producirse (13). En tal sentido señalaba el virrey Velasco que "...se les diga a los indios...que no han de trabajar por tareas, sino -por lo que pudiere cada uno; y si les piden tarea, va-yan al corregidor para que castigue al minero a 10 días de cárcel"... (14)

Por otra parte, el derecho consuetudinario indiano, tuv no solo relevancia, sino que además, estuvo en gran parte vigente. Solórzano, refiere las prácticas del derecho consuetudinario, atribuyéndoles fuerza legal, ente otras cosas, para los servicios que podían prestar los indios. (15)

Se respetaban de esta manera ciertas tradiciones ancladas en las costumbres de los indios. Así siendo creen-cia común ente estos que el uso de la coca "trayéndola en la boca, les da más fuerza y vigor para el trabajo", se autoriza su utilización con objeto de no quitar a

los indios, este género de alivio para el trabajo, --
"aunque sólo consista en la imaginación". (16)

La severidad en el grado de diligencia , que en la metrópoli, y por influencia del Derecho Romano, se venía exigiendo para los diversos supuestos "in custodiando" o "in vigilando", se ve atenuado de manera sustancial en el Derecho de Indias. La responsabilidad de los indios por el cuidado y mantenimiento de las haciendas o bienes de sus amos e incluso por el riesgo del trabajo frente a sus patronos, tenía lugar, solamente por actuación dolosa de aquel. Se necesitaba por lo tanto para la imputación de la responsabilidad, el elemento malicioso: el "animus nocendi", no bastando la mera negligencia. -- Tampoco para el indio pastor, pues no era responsable por la pérdida del ganado que le estaba encomendado, salvo que expresamente se acordase lo contrario", y por esto se les diere equivalente recompensa". (17)

-
- (1) Sobre el buen tratamiento a los indios puede verse OTS CAPDEQUI. Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano. Buenos Aires 1945. págs.530 y ss.
 - (2) R.LEVENE. Introducción a la Historia del Derecho Indiano. Buenos Aires 1924. pág.173 O.CAPDEQUI ob.cit. pág.519.
 - (3) Señala VIÑAS MEY (El Estatuto del obrero indígena - en la Colonización española. Madrid 1929. pág.40), que "el rey consideraba por naturaleza a los indios inclinados a la ociosidad y al dejamiento". La segunda cédula del servicio personal de 1609, hablaba de que los indios, "son por condición natural inclinados a holgar...", y el libro VI, título XII, - Ley XIX de la Ley de Indias, mencionaba: "Si con el curso de los tiempos y mudanza de costumbre fuese mejorando la naturaleza de los indios y reduciéndose al trabajo la gente ociosa..." (v.también R.LEVENE, ob.cit. pág.173).
 - (4) Sobre las labores que en general y mayormente realizaban los indios, v.LEVENE, ob.cit.pág.171.

- (5) v. A.RUMEU DE ARMAS. RT. Madrid 1963 pág.293. VIÑAS MEY (ob.cit.pág.41), señala con respecto al trabajo obligatorio, que si bien se cumplió la disposición de la Mita minera con relación a los indios, no ocurrió así respecto a los colonizadores, quienes salvo excepción no llegaron a estar sujetos a aquella.
- (6) LEVENE ob.cit.pág.173. VIÑAS MEY ob.cit.págs.38 y ss. (el mismo autor en: El Derecho obrero en la colonización española. Buenos Aires 1924).
- (7) O.CAPDEQUI ob.cit.pág.521.
- (8) O.CAPDEQUI ob.cit.pág.485.
- (9) R.LEVENE ob.cit.pág.174.
- (10) V.MEY. El Estatuto... cit.pág.47.
- (11) A.RUMEU ob.cit. pág.295.
- (12) "si la paga es buena -decía Mexía de Ovando- buena obra hacen". (v. MEY ob.cit.pág.67).
- (13) Libro VI, título XIII, Ley XII (A.RUMEU ob.cit.--pág.293. v.MEY ob.cit.págs.44 y 47).
- (14) v. MEY ob.cit.pág.67.
- (15) R.LEVENE ob.cit.págs.37 y ss.
- (16) Libro V, Título XIV, Ley I (en A. RUMEU ob.cit.--pág.295).
- (17) Leyes XVI y XVII, Título XIII, Libro VI. (en CAPDEQUI ob.cit.pág.485. v. asimismo A.RUMEU en ob.cit.).

3. JUICIO CRITICO Y RESULTADO.

El Derecho Romano contempla fundamentalmente la diligencia como expresión del cuidado, esmero, celo y prudencia en el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor... El Derecho Intermedio, ampliando el ámbito de extensión conceptual de la diligencia, la contempla ya de manera más directa y expresa como actividad e intensidad en la ejecución del trabajo, con lo que paulatinamente empieza a tomar cuerpo la noción del rendimiento laboral.

El derecho histórico ha concebido la culpa o negligencia como la desviación de un modelo preconcebido

de conducta, que ha venido histórica y cronológicamente materializado en la fides, surgiendo así el binomio "fides-diligentia", posteriormente en la bona fides, la cual, suponiendo ya una cierta objetivización de la fides anterior, constituye - el punto de arranque para la valorización subjetiva-objetiva de la conducta del deudor que subsistiría hasta nuestros días.

La diligencia propiamente dicha surge con posterioridad en un tercer estadio al configurarse la culpa como falta de aquella, surgiendo de esta manera el binomio "culpa et diligentia" del que asimismo - se hizo receptivo el Derecho Intermedio y cuya vigencia habría de llegar hasta nuestro derecho actual.

El modelo de comportamiento que el "ser diligente" quiere representar no se resulta con carácter unitario ni general, sino que por el contrario se gradúa bajo parámetros de conducta abstractos o concretos. Esta evolución fué continuada y desarrollada por el derecho Intermedio, complicando en no pocas ocasiones la graduación de la culpa ,que perduró hasta nuestros días, al hacerse eco de ella de manera más o menos expresa o directa los diversos ordenamientos jurídicos europeos. (1)

De reseñar por su importancia es que la figura del "bonus et diligens pater familias" no refleja un paradigma de conducta que lleve a desarrollar un comportamiento perfecto que supere las facultades de un hombre "normal" para enmarcarse en las de un hombre "ideal", y que por tanto solo podría ser exigido con visos de éxito a personas de aptitud y capacidad extraordinaria. La diligencia del buen padre de familia ha sido contemplada por el Derecho -

Romano, bien que de manera embrionaria, según las -
distintas actividades y profesiones. (2)

El Derecho Intermedio recogiendo estos principios, los desarrolla y perfecciona incluso mediante nuevas denominaciones más acordes a la concepción de la diligencia laboral moderna. Frente a la mención clásica y tradicional del *bonus et diligens pater familias*, surgen otras de carácter más moderno como la - del "*bonus et sollicitus laborator*". Entiende así el Derecho Histórico en lo fundamental la diligencia - no como mayor o menor, sino como "distinta" o "dife-rente" según cada especialidad o grupo profesional en concreto (3), todo lo que se ha determinado por - otra parte que la culpa sea puesta también en rela--
ción con la "*imperitia*", o falta de capacidad técnica indispensable para la ejecución ordenada y satis-
factoria del asunto encomendado.

Salvo algunas excepciones se muestra la "diligencia *quam suis*" en el derecho histórico de uso y aplica-
ción limitado, constituyendo para el derecho moder-
no como se verá un criterio desacertado, insuficien-
te e impreciso, por cuanto no representa una verda-
dera diligencia subjetiva, sino por el contrario la
meramente acostumbrada por el obligado en sus propios
negocios o asuntos. (4)

La "*exactissima diligentia*" romana, reflejo de un -
tipo ideal abstracto de conducta de carácter absolu-
to y en consecuencia de una medida de valoración tan
fuerte del comportamiento del obligado que permite -
hablar de una ficción de la culpabilidad de aquel -
(5), es perfilada en cierto modo por el derecho in--
termedio al entender de manera más precisa a la ap-
titud y capacidad del obligado: la no posesión de ap-
titudes y cualidades excepcionales o extraordinarias,

es decir, la "imperitia" por un "defectum summae - sapientiae" no va a ser constitutiva de negligencia, pues no cae dentro del ámbito de la diligencia exigible al quedar por norma general la culpa levissima equiparada al caso fortuito. (6)

Con independencia de lo hasta ahora indicado, aporta el Derecho Intermedio en relación con el Derecho Romano, algunas novedades que por su importancia se hace necesario reseñar.

Comienzan a surgir en este período nuevas ideas y razonamientos jurídicos que, mostrando ya un cierto carácter laboral, irán paulatinamente asentando las bases tendentes a la futura construcción de la diligencia del trabajador con caracteres propios y específicos. Surge así el embrión de lo que con posterioridad cristalizaría en la denominada costumbre la boral o profesional que será de capital importancia para la conformación de la diligencia del trabajador. Aparece asimismo una cierta noción del rendimiento normal basada precisamente en ese uso local o profesional, de la que se hacen eco en España algunos -- fueros: va a ser apreciado el rendimiento del jorna lero por lo que labran los demás, y en Italia, los estatutos comunales italianos al indicar que el -- agricultor debe comportarse "ad usum boni laboratoris".

Por otra parte empieza ya propiamente a configurarse el salario como medio de estímulo a una mejor di ligencia del trabajador al ir apareciendo diversas formas de remuneración a rendimiento, peculiaridad que se observa asimismo en la normativa reguladora -

del trabajo del indígena. Esta, y prescindiendo aquí de si su aplicación fue más teórica que real, aporta por su parte peculiaridades de interés que colocan - la diligencia del trabajador indígena en tránsito hacia los sistemas jurídicos laborales contemporáneos. (7)

- (1) Con el establecimiento a priori de modelos ideales de conducta a los que se debe ajustar la propia del obligado, se da la importante consecuencia de que -entendiéndose la noción de culpa como la falta de diligencia- no toda lesión de esta - considerándose en su sentido más genérico como - deber, constituirá en todo caso culpa imputable; sino solamente aquella falta de diligencia referida a la especie o al grado que la obligación - requiera en la relación considerada que en su caso sea. De aquí se deduce la idea de la relatividad en la noción de culpa imputable. Se encuentra así en el derecho histórico la raíz de la diligencia debida ya como algo distinto de la consideración de aquella como deber. La noción de la relatividad de la culpa va a tener un gran desarrollo dentro del marco del Derecho del Trabajo como más adelante se tendrá ocasión de examinar. (v. BARASSI. La Teoría...cit.vol.III pág.23; E.BETTI. Instituzioni...II cit.págs.340-341; DE ROBERTIS. La disciplina...cit.to,.I págs.43 y ss.)
- (2) No se puede sostener por tanto de manera convincente la afirmación de que en el Derecho Romano el criterio del diligente padre de familia haya permanecido invariable y que, consiguientemente, la formación de distintas medidas en la exigencia de la diligencia debida según los diferentes grupos profesionales tenga un origen posterior. Contra tal afirmación habían ya reaccionado algunos - sectores antiguos de la doctrina alemana como O. VENDT. (AcP. 87.1897, págs.422 y ss.), y R.WEYL (System der Verschuldensbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuche fuer das Deutsche Reich.Muenchen1905). Modernamente HOFFMANN (ob.cit.pág.9), y DE ROBERTIS (Responsabilitá...cit.págs.155 y 156).

- (3) Lo que ya muestra una indudable conexión con la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación (art. 1104 CC.), o con la especialidad habitual del trabajo a la que como medida de diligencia se refiere el art. 60 LCT.
- (4) De señalar por su importancia es que con motivo de las propias dificultades y problemas que la aplicación de la diligencia "in concreto" conllevaba (la determinación de lo habitual o acostumbrado del comportamiento), se recurrió en cierta manera a un proceso de abstracción de la conducta del obligado *quam suis* (v. DE ROBERTIS. Responsabilidad...cit.pág.66, así como pág.33 de este trabajo), surgiendo así un control objetivo de la subjetividad cuya vigencia llegaría hasta nuestros días, incluso de utilidad y aplicación en la esfera del trabajador.
- (5) Importante es el hecho de que el Derecho Romano ha ya ya contemplado en la *locatio operis faciendi*, el nacimiento de la culpa "in eligendo" y culpa "in vigilando" por causa de la inobservancia de la *exactissima diligentia*, lo que quizás no constituya sino el punto de partida de las controvertidas posturas hoy sobre lo que se ha dado en denominar el riesgo de empresa. La culpa in eligendo e in vigilando son criterios que como regla, al ir configurados con la *exactissima diligentia*, encubren en el Derecho Romano de manera más o menos elegante una fuerte responsabilidad objetiva independientemente de la diligencia observada de hecho por el sujeto. Hablar bajo tales presupuestos de responsabilidad por falta de diligencia -- (*exactissima*) equivale en definitiva a hacerlo de responsabilidad sin culpa, basando aquella en una fuerte asunción de la culpabilidad por el obligado al tiempo de la contratación.
- (6) Pone así en cierta medida el Derecho Intermedio las premisas sobre un punto conflictivo hoy en el ámbito laboral: aquellas faltas, descuidos o daños cometidas por el trabajador con motivo de la ejecución de su trabajo, que quizás hubiesen podido ser previstas o evitadas con el empleo de una diligencia *exactissima*, pero que dadas las circunstancias especiales que desarrolla el trabajador -- su actividad deben ser consideradas como casos -- fortuitos.
- (7) Paso importante da la legislación indiana al contemplar de manera real y efectiva la personalidad del indio, atendiendo a su individual aptitud y -

capacidad. Se establece así de manera indirecta un principio que habrá de llegar al mundo jurídico actual: el trabajador debe trabajar hasta donde la conservación de su salud física y psíquica se lo permitan. Por otra parte no basta - para que nazca la responsabilidad la mera negligencia del indio en el mantenimiento y cuidado de la hacienda o bienes del amo, e incluso, por el riesgo del trabajo frente a sus patronos, sino que se requiere un elemento malicioso en su conducta.

A manera de RESULTADO sobre el desarrollo histórico-jurídico de la diligencia puede indicarse lo siguiente:

1. No puede hablarse propiamente de una diligencia - laboral en el derecho histórico, porque ni conceptualmente ni materialmente han surgido los presupuestos necesarios para un tratamiento semejante - de la misma si bien el Derecho Intermedio se muestra más cerca que el Derecho Romano de la concepción actual de aquella.
2. Fides, bona fides y diligentia, esta con sus diversas graduaciones, constituyen los criterios fundamentales sobre los que se apoyó el derecho histórico para la construcción del juicio de valoración de la negligencia en el comportamiento del obligado. Este desarrollo y evolución jurídica culminó en la afirmación de la falta de diligencia como presupuesto determinante del nacimiento de la culpa en el - obligado.
3. Se contempla ya la aptitud y capacidad como presupuesto de la diligencia exigible. Su falta (imperitia), que puede determinar la negligencia en el sujeto, constituye un claro precedente de la asunción de la culpabilidad por el obligado al tiempo

de la contratación por causa de su ineptitud para la tarea que la ha sido encomendada, lo que va a tener no poca relevancia en el ámbito del Derecho del Trabajo.

4. El buen padre de familia constituye un modelo o - prototipo de conducta que está más cerca del hombre normal diligente, que de aquel otro de carácter absolutamente ideal. Como noción flexible clásica y variable, constituye el antecedente de la diligencia exigible conforme a los diversos grupos de actividades profesionales.
5. El derecho histórico, remitiéndose a una imprecisa habitualidad del obligado en sus propios asuntos, no proporciona una verdadera subjetividad de la diligencia que el sujeto estaría en situación de poder observar, al no indagar su real y verdadera aptitud y capacidad, no contemplándose por tanto la diligencia personal posible sino meramente - aquella acostumbrada.
6. La "exactissima diligentia", al basarse en una aptitud y capacidad de carácter extraordinario y excepcional, conlleva a unas exigencias tales que - en definitiva supone dar cuerpo al instituto de - la presunción de culpa o culpa ficticia, surgiendo así una responsabilidad objetiva, o responsabilidad sin culpa en su sentido más absoluto, independientemente de la diligencia observada por el - sujeto, si bien la dulcificación del criterio se - hace patente en el Derecho Intermedio.
7. Muchos de los aspectos que van a ser esenciales en la formación de la diligencia laboral moderna, son ya contemplados con mayor o menor profundidad por el derecho histórico: la costumbre laboral y pro-

fesional, la naciente relación entre remuneración y rendimiento, y la consideración del posible daño a la salud del trabajador en la ejecución de su trabajo, proyectan ya en cierta manera a estadios actuales la diligencia del trabajador en este período histórico.

II.- TRATAMIENTO DOGMATICO DE LA DILIGENCIA

1.- EXPOSICION Y CONTENIDO

La evolución de la sociedad y la génesis paralela de nuevos hechos y situaciones sociales, han creado un nuevo orden jurídico, el laboral, como parte integrante con los ya existentes de la concepción unitaria general del mundo del derecho.

La configuración de este nuevo orden jurídico fué - originando paulatinamente un sistema normativo regulador de las peculiaridades específicas que presentaba el trabajo humano.

El de aquí originado Derecho del Trabajo, dejó sin embargo un aspecto fundamental del trabajo humano sin una regulación enteramente satisfactoria: la culpa o negligencia del trabajador, la raíz y esencia de su conducta jurídica: la diligencia.

Bien porque no lo necesitase, bien por cualesquiera otras motivaciones, todo lo cual tendremos ocasión de examinar; lo cierto es que nuestra moderna disciplina no ha planteado con carácter verdaderamente no vedoso la culpa o negligencia del trabajador, sino - que por el contrario, ha adoptado o asumido sencillamente la noción existente en el ámbito civil, heredando de esta manera las situaciones conflictivas que - desde siempre este venía aquejando, por cuanto pocas nociones jurídicas encierran para la dogmática dudas tan profundas e interpretaciones tan dispares como - las referentes a la culpa y diligencia.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, se habla de conducta "negligente" del trabajador; de daños, faltas o defectos ocasionados por su actuación "culposa", de - que el trabajador en definitiva no ha obrado "diligen

temente". En todos estos supuestos, el ordenamiento jurídico laboral pronuncia su juicio de valor, determinando una serie de consecuencias jurídicas, sin precisar no obstante de una manera clara y directa, que se entienda o deba ser entendido por conducta negligente del trabajador, y en consecuencia que sea lo definitorio y determinante de lo debido de su diligencia.

Se produce de esta manera en el ámbito de nuestra disciplina una remisión ora expresa, ora tácita, bien parcial, bien total, a las construcciones clásicas que sobre estas nociones han venido desarrollándose en el marco de la teoría general del derecho por la dogmática jurídica.

Se hace así necesario examinar en primer término el tratamiento dogmático de la culpa y diligencia en el Derecho Civil, de donde ha surgido nuestra moderna disciplina (1), bajo una perspectiva crítica y -- con una finalidad concreta: indagar aquello de utilidad elaborado por la dogmática jurídica para la construcción de la diligencia del trabajador; exponer y analizar aquellas nociones, ideas, posturas e interpretaciones, que formando un variado muestrario de posibilidades jurídicas, puedan ser recurridas, para con posterioridad analizar la conveniencia o adaptabilidad de las mismas a la propia diligencia del trabajador.

Se va a tratar así de enjuiciar, como estas nociones puedan incardinarse en el Derecho del Trabajo; si este verdaderamente las necesita, o si por el contrario puede prescindir de las mismas para crear unas nuevas. Es en definitiva un problema de adopción o recepción

de estas nociones en la figura del trabajador, ya - dentro de la propia dinámica de la relación de trabajo.

- (1) No son solamente las causas expuestas las que justifican una remisión al ámbito del Derecho Común. Esta, viene asimismo motivada por el simple hecho de la consideración unitaria del ordenamiento jurídico, "sin divisiones claras, ni rígidas, ni fijas, lo que tiene su reflejo en las muy abundantes conexiones entre las varias disciplinas y las muy amplias zonas de contacto entre ellas"; (A. OLEA. Introducción al Derecho del Trabajo. 3 edic. Madrid 1974, pág.6), lo que en el marco del Derecho Civil y del Derecho del Trabajo es evidente, entre otros en el ámbito de la culpa y diligencia.

I. El significado del término "diligencia".

1. Sus diversas acepciones.

Las diversas acepciones que el término diligencia encierra, se han mantenido en mayor o menor grado constantes en la historia jurídica, filosófica y literaria. Su significado lingüístico se ha venido pues utilizando en -- términos semejantes a los usados ya por los romanos y - conservados en el derecho intermedio, bajo tres vertientes fundamentales:

Una primera como expresión modal que califica una acción o conducta, se manifiesta en el cuidado, esfuerzo, eficacia y actividad en la ejecución de alguna cosa, así - como una segunda, exponente de la prontitud, agilidad o prisa, y una última y tercera, ya con propia sustantividad, como asunto, negocio, gestión, recado o encargo que debe hacerse, también como acto típicamente de uso judicial (1).

Paralelo tratamiento al sustantivo diligencia, se muestra con respecto al adjetivo "diligente" (2), como exponente quizás en un principio de la esfera interna del individuo (3). Asimismo, tanto en la literatura, como en forma de proverbios o dichos populares se ha usado del término en los sentidos mencionados anteriormente. (4)

Por su parte, la Psicología se ha ocupado también de la diligencia, tomando esta expresión bien para designar una especial particularidad dentro de la noción amplia de conducta (5), bien como nota característica típica de la personalidad del sujeto en la esfera de la producción. (6)

-
- (1) Así, el diccionario de la Real Academia de la Lengua española. 19. edición. 1970. pág. 478. Diccionario enciclopédico Salvat Universal. Tomo 9. 1971. págs. - 173-174. Gran Enciclopedia Larousse vol 3. 1976. pág. 888. Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa-Calpe. Tomo XVIII 1. parte. Madrid-Barcelona 1923, págs. -- 1153-1154. Diccionario Enciclopédico Labor Tomo III 1966. pág. 203.
- (2) v. cita anterior (1) en los lugares mencionados.
- (3) Semejante la terminología alemana, en donde el adjetivo "sorgfaltig" caracterizaba originalmente la actitud interior de una persona que "achtsam, fuer sorglich, vorsichtig sein". (E. Deutsch. Fahrlaessigkeit und erforderliche Sorgfalt". 1963. pág. 93).
- (4) Así sobre la prontitud, agilidad, prisa: "Deteneos, que parece que vais con más diligencia, que este - macho ha menester" (Cervantes); en el sentido de - negocio, gestión o encargo: "la primera diligencia de Aviraneta fué ir a casa de los consignatarios - de los comerciantes" (Pío Baroja); como cuidado, - exactitud, y actividad: "los cocineros y cocineras pasaban de cincuenta, todos limpios, todos diligentes" (Cervantes) (en Gran Enciclopedia Larousse - cit. vol. 3. pág. 888). El proverbio "la diligencia -

es madre de la buenaventura", "enseña cuanto influye el cuidado y actividad en el logro de las solicitudes" (enciclopedia Espasa cit. pág.1153); el dicho "estar uno hecho una diligencia, o una pura diligencia"; "sirve para indicar que (el individuo) se desvive por agradar, que está muy -- atento" (Enciclopedia Espasa cit.pág.cit.).

- (5) LERSCH, "Aufbau der Person".7.edic.Muenchen.1956. pág.42.
- (6) REMPLEIN, "Psychologie der Persoenlichkeit".Basel. 1959.págs.405 y 435.

2. Construcción de una definición

Algunos sectores de la doctrina tanto española como extranjera, han intentado con mayor o menor fortuna la elaboración de una definición de la diligencia.

Así, se habla de la diligencia como una especie de actividad anímica o moral, que completando de alguna manera la conducta, se dirige al cumplimiento de la obligación asumida (1). La diligencia expresa de un lado, una "conducta de cooperación requerida al deudor" (2), de otro, el momento objetivo que refleja la utilidad de la prestación para el acreedor, que normalmente coincide con aquella conducta de cooperación del deudor (3). Es un grado de tensión de la voluntad, un complejo de cuidado y cautela que debe observar el obligado para poder cumplir su prestación. (4)

La doctrina mayoritaria, adoptando la misma postura la jurisprudencia, no define sin embargo de una manera directa y precisa, que deba ser entendido por diligencia. Eludiendo la construcción de una noción de la misma, pasa a hablar sin más de la me

dida de la diligencia exigible.

El intento de definir la diligencia puede presentar aspectos positivos, pero también negativos. - Si de un lado se consigue una cierta claridad en la visión conceptual de la diligencia, de otro, - sin embargo, y por la misma razón de su definición, se puede incurrir en el peligro de darle un sentido estático y no dinámico a la misma, que ignore - en cierto modo la constante evolución de los hechos humanos y sociales.

Siendo la diligencia una noción de contenido amplio y complejo, se hace difícil la construcción de una definición satisfactoria que abarque desde el punto de vista jurídico la totalidad de sus diversos momentos y manifestaciones. Se hace así conveniente, cuando menos ahora y por las razones dadas, renunciar a la construcción de una definición; renuncia que, y en base quizás a razones de prudencia - legislativa, ha sido adoptada tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por los extranjeros, como tendremos ocasión de ver.

-
- (1) Así F.MORENO, quien indica que la diligencia - es "la actividad, celo o cuidado que debe ponerse en la ejecución de alguna cosa: cumplimiento de una obligación, prestación de un servicio, desempeño de una profesión, ayuda a un semejante. (En Nueva Enciclopedia Jurídica SEI VII.pág.463).
 - (2) E.BETTI. Teoría General de las Obligaciones.Tomo I. Madrid.1969.pág.37.
 - (3) E.BETTI. ob.cit.pág.cit.
 - (4) Así L.BARASSI. La Teoría generale delle obbligazioni.Vol.III.Milano 1964.pág.15. Para SIEBER, constituye la diligencia "eine Eigenschaft des Verhaltens das die Erfuellung konkreter Verbindlichkeiten herbeizufuehren sucht". (Der Rechtsszwang im Schuldverhaeltnis.Leipzig.1903.pág 17

II. Manifestaciones.

1. Diligencia "externa" y diligencia "interna".

La diligencia pone ante todo de manifiesto el desarrollo de una conducta, revelando en efecto, aquello que es inherente a la noción de conducta jurídica: "la aptitud adoptada o el proceder general de una persona en una relación jurídica" (1). El ordenamiento jurídico valora una serie de actuaciones - indicadoras de un modo general de proceder o de comportarse, en cuanto revelan una determinada toma de posición o actitud de una persona frente a unos intereses concretos (2).

La diligencia es pues una conducta jurídica, que -- además adopta dos vertientes fundamentales de manifestación. De un lado significa un acontecimiento o suceso material indicativo, bien de una conducta o comportamiento, bien de la realización y desarrollo de una prestación. Del otro, expresa la referencia a un proceso psíquico-anímico del sujeto, que refleja o tiende a reflejar su propia personalidad o interioridad. Así, se han desarrollado y diferenciado - estas dos manifestaciones dentro del concepto unitario de la diligencia, tanto en su proyección externa como en su perspectiva interna, surgiendo de esta manera la "aeuBere Sorgfalt" o diligencia exterior - como concepto diferenciado de la "innere Sorgfalt", o diligencia interior. (3)

La denominada diligencia "exterior" (4), que se conecta a un suceso o acción material, se caracteriza por aquella conducta apropiada a los hechos de la realidad. Sería en definitiva el desarrollo de una conducta presupuesta, contemplada desde su perspecti

va externa, frente a aquellos intereses protegidos y tutelados por el ordenamiento jurídico. (5) Esta forma de diligencia se manifiesta por tanto, mediante la realización del comportamiento humano, proyectando y produciendo efectos inmediatos en el mundo exterior. (6)

Frente a la diligencia exterior se sitúa la denominada "inere Sorgfalt", o diligencia interna. Supone una toma de actitud del obligado que origina la - - puesta en práctica de su comportamiento interior. - Es un "ser diligente" anímicamente considerado (7); presupone la posibilidad de reconocer o preveer, la posible antijuricidad, la peligrosidad, o bien las fronteras de la admisibilidad de la conducta, así - como de cualquier otra circunstancia de hecho que - pueda calificarla de ilegal o arbitraria. (8)

En la diligencia interna se atiende así en primer - término a la reprochabilidad de la conducta, en el sentido de que ésta implica, el que no se haya producido el debido comportamiento por una falta de la diligencia interior, por una falta, en definitiva, de cuidado, atención y esfuerzo de la voluntad o del intelecto. (9)

(1) CASTRO. "Derecho Civil de España". I. Madrid. - 1954. pág. 623.

(2) Así D. PICAZO. La Doctrina de los propios actos. Barcelona 1963. pág. 195, quién por otra parte lamenta el que la noción de conducta jurídica, ha ya sido muy descuidada por la ciencia del derecho.

- (3) Fué mayormente la doctrina alemana la que se ha ocupado de esta doble vertiente de la diligencia en los términos expuestos. Principales exponentes de esta distinción fueron en un principio, BRODMAN, Acp, 99, págs.379 y ss. LEONHARD, Fahrlaessigkeit und Unfehlbarkeit. Marburg.1913. págs. 42 y ss. Engisch, Untersuchungen ueber Vorsatz und Fahrlaessigkeit im Strafrecht. Berlin 1930. págs.269 y ss. Recientemente DEUTSCH, ob.-cit.págs. 94 y ss. ESSER, Schuldrecht.I. 1970, - págs.244 y 245; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I. 1970, pág.214.
- (4) La expresión "aeuBere Sorgfalt", fué acuñada en el derecho alemán por ENGISCH (ob.cit.pág.273).
- (5) La jurisprudencia alemana ha contemplado esta relación entre diligencia externa y reglas de conducta en un primer plano tomando como modelo, los crecientes peligros y nuevas situaciones -- que plantea el tráfico rodado, considerando que el sujeto había descuidado la diligencia externa, cuando no habían sido cumplidas las reglas de conducta del código de la circulación. Así -- para la jurisprudencia, obra externamente diligente el conductor que se detiene ante una señal de stop (v.Deutsch Haftungsrecht.Goettingen 1976.pág.276), o aquel que guarda la distancia de seguridad en un adelantamiento, indicándose en ocasiones de manera más imprecisa: con oscuridad o con niebla se debe conducir más lentamente y con más precaución, que con un día claro (v. BGH en NJW 1968. pág.1182. Otros ejemplos en BGHZ, 24,21,25; y 24, 28; ZIPPELIUS en NJW - 1957, págs. 1107 y ss.).
- (6) La diligencia externa refleja una conducta tal -- del obligado que se adecúa de lleno a los hechos pero puede no reflejarla. En el primer supuesto estaríamos ante la dimensión o proyección máxima, de la diligencia exterior, por lo que, y partiendo de esta graduación máxima, sería factible una graduación de la diligencia externa. (sobre esto v. DEUTSCH.ob.cit.1976. págs.275 y ss.)
- (7) DEUTSCH la caracteriza en contraposición a la -- externa por "el empleo del esfuerzo y fuerza de voluntad sobre un determinado pensar y querer". (Fahrlaessigkeit...cit.pág.94).
- (8) En este sentido BRODMAN (Acp,99 cit.págs.379 y ss) DEUTSCH (Fahrlaessigkeitcit.págs.94 y ss)LEONHARD (Fahrlaessigkeit, cit.págs.42 y ss). Al igual -- que como vimos ocurre en la diligencia externa, la existencia de la máxima aptitud y capacidad --

de reconocibilidad y de previsibilidad formará la dimensión máxima de la diligencia interna. Conforme a esta capacidad y posibilidad, se van a formar asimismo las graduaciones de la diligencia interna.

(9) LARENZ. Lehrbuch..I cit. págs.214-215.

2. El problema de su síntesis y primacía.

Una tercera manifestación de la diligencia podría venir originada de la conjunción o síntesis de las dos anteriores mencionadas, tratando así de mitigar en alguna manera el recíproco aislamiento que sus respectivas formulaciones pueden conllevar. - Consistiría así la diligencia en un proceso o comportamiento interno junto a la manifestación o desarrollo material de una conducta externa.

La síntesis sin embargo se presenta altamente problemática, por cuanto las obligaciones hacen referencia por norma general a una conducta exterior. Por regla general la observancia de la diligencia interna se constituye en presupuesto de la diligencia externa, lo que no impide que pueda darse esta sin que se haya producido aquella, o viceversa: puede ocurrir que se haya observado la diligencia interna, sin que por esto se haya producido una conducta externa adecuada (1). La problemática de un tratamiento conjunto, surge precisamente en este último supuesto, en el sentido de determinar hasta que punto es relevante jurídicamente el que el obligado haya sido internamente diligente.

Si bien el tratamiento de este problema refleja - en el fondo aquel otro de carácter más general so

bre la interpretación objetiva o subjetiva de la diligencia, lo que será objeto de exámen con posterioridad, es no obstante aquí de señalar que, frente a algunos autores que se manifiestan en el sentido de que el carácter exclusivo de la diligencia, o, como mínimo el completamente preponderante, es el interno (2); la mayoría doctrinal aboga únicamente por la relevancia del carácter externo de la diligencia, que debe ajustarse a las exigencias de conducta esperadas con carácter general. (3)

La diligencia externa ocupa por tanto en la práctica un puesto de prioridad con respecto a la interna. La justificación se encuentra fundamentalmente en la protección al principio de la confianza y seguridad en el tráfico jurídico, al tener siempre presente el hecho real de que es la conducta externa la que precisamente entra en colisión con el mundo exterior. La inobservancia de la diligencia externa lleva siempre aparejada consecuencias o efectos inminentes: la esfera jurídica afectada se resiente, surgiendo en consecuencia la subsanación tendente a reparar la lesión producida.

Quedando inobservada la diligencia externa, no se necesita acudir a la reprochabilidad de la conducta del autor, sino que basta la consideración de que el sujeto no se ha conducido como debía. La falta de diligencia interna que justifica el reproche de la conducta, queda pues inconsiderada, por cuanto solo viene exigida aquella de manera

- (1) Ejemplo que muestra la relación mencionada lo señala LARENZ (Lehrbuch...I.ob.cit.pág.214). Se observa un supuesto claro de conducta exterior en el sujeto que debe seleccionar la mercancía y embalarla ordenadamente, dar determinados informes, tratar una cosa cuidadosamente, mantener en condiciones de seguridad locales o sus accesos, suministrar documentación, evitar trastornos o molestias y prevenir daños. Ciertamente -continúa LARENZ-, necesita el obligado, para la realiza--ción y observancia de la diligencia exterior, no sólo el esmero en esta, sino también el propio - de su conducta interior. El sujeto tiene que tener presente su obligación, y prepararse interiormente para realizarla; pero si el obligado no cumple con su diligencia interna, no consta en principio falta no contravención alguna hacia una - - obligación de conducta.
- (2) Así V.LISZT. Die Deliktsobligationen im System -- des BGB. Berlín 1898. pág.55
- (3) Así entre otros WIETHOELTER. Der Rechtfertigungsgrund der verkehrsrichtigen Verhaltens.1960. pág. 49 GEILEN en JZ 1964. pág.13. Una postura intermedia, parece adoptar en un principio BRODMANN - (ob.cit.pág.379), al reconocer en toda actividad humana la dualidad de procesos anímico y externo que componen la objetiva y la subjetiva parte del hecho, si bien con posterioridad (pág.381), señala que es el momento objetivo el de importancia relevante en la noción de diligencia.
- (4) Así LARENZ. Lehrbuch...I cit.págs.214 y 215. Incluso exigiéndose a modo de excepción la falta de diligencia interna, al ocurrir la inobservancia - de la externa, se presume, bien que "iuris tantum" que el sujeto ha lesionado también aquella. A su esfera se atribuye la carga de la prueba, de que él ha observado la debida diligencia interior, lo que cumplidamente demostrado dejará sin valor la presunción "iuris tantum" que en principio pesaba sobre él. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana (BGH VersR.1968.pág.594;1969 pág.636; 1971 pág.439; BGHZ 51 págs. 103 y ss.)

III. Noción jurídico-legal.

1. Inexistencia de formulación positiva.

Ni en nuestro derecho ni tampoco en el derecho comparado se encuentra definida o conceptuada la diligencia - de manera clara directa y precisa, no existiendo en definitiva normativa concreta que contenga una formulación positiva de la misma como noción jurídico-legal - desarrollada. El juego flexible en nuestro ordenamiento jurídico de los arts. 1103 y 1104 del CC, fué quizás lo que aconsejó prudencia legislativa, en el sentido - de no incluir en nuestro ordenamiento una norma con contenido definitorio de la diligencia, por cuanto se pensó acertadamente que la existencia de un precepto tal - sentaría de algún modo una noción de diligencia de aplicación con carácter general a la pluralidad y diversidad de conductas en los obligados, ocurriendo que la realidad jurídica seguiría otros derroteros, como efectivamente tendremos ocasión de ver.

2. Su formulación por vía negativa: la negligencia.

A. Noción general. Aceptaciones.

El término negligencia se emplea en el lenguaje ordinario como sinónimo de descuido, omisión, o falta de aplicación (1), poniéndose asimismo en conexión de una manera directa con la falta de diligencia y cuidado debidos (2) que se origina más por mera pereza que por la existencia de malicia. Tales significados incluso en su sentido religioso, han sido recogidos, utilizados y - aplicados en el mundo jurídico (3). Junto a la negligencia -bien en sentido coincidente, bien y en cierto modo, contrapuesto-, se coloca el término romano de la culpa, portador de multitud de significados y acepciones.

De un lado se utiliza el término culpa, bajo una perspectiva moral o religiosa, originándose así una responsabilidad moral cuando el sujeto ha podido discernir - entre la idea del bien y del mal. (4) De otro, se habla de la culpa, al atribuirle a una persona la comisión de una falta o delito. (5)

En el ámbito civil y penal viene en ocasiones la culpa, bien identificada con la noción global de responsabilidad, bien meramente como uno de los requisitos de esta; otras, se utiliza como sinónimo de ilicitud o antijuridicidad. También se emplea para designar un término - contrapuesto al dolo, llegándose a identificar incluso con el mismo daño que ha sido consecuencia de la culpa, o haber sido la causa de que el daño se haya producido. (6)

-
- (1) Así el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española cit. pág.915; diccionario enciclopédico Salvat cit. tomo 15 pág.483; enciclopedia Universal Espasa-Calpe cit. tom.XXXVIII pág.63, donde se dice que la negligencia significa la omisión -- del cuidado que debe ponerse en los negocios, dándose también como sinónimo del término el de olvido. En el mismo sentido y significado se emplea el adjetivo "negligente": descuidado, omiso, falta de aplicación.
- (2) Gran Enciclopedia Larousse cit.vol.7 pág.662.
- (3) Según la Enciclopedia Espasa Calpe (ob.cit.tom.cit. pág.62), significa la negligencia en sentido religioso, "el defecto de hacer las obras con menor -- cuidado del que requieren. Puede haberla también -- en omitir; pero el nombre parece pedir que la omisión no sea en cosa grave. Más proviene de pereza que de malicia". El uso del vocablo, incluso desde su raíz terminológica (negligencia del latín "negligentia", con origen en el verbo "negligo": descuidarse, de "nec lego"; no recojo, dejo pasar. Espasa Calpe cit.pág.62), distingue ya la propia negligencia del dolo o intención maliciosa de dañar.

- (4) Diccionario de la Real Academia...cit.pág.396. CO
LIN Y CAPITANT diferencia la culpa civil de la cul
pa moral, en el sentido de que aquella viene ori-
ginada por una falta de atención o de prudencia.-
La ley, no manda sin embargo que nos portemos con
el prójimo con caridad. (Curso elemental de Dere-
cho Civil.trad.de DE BUEN, 2 edic.;Madrid 1943.To-
mo 3 págs.819 y 826). En este sentido señala PIRO
VANO, la "neutralidad moral" de la culpa civil. -
(Faute civile et faute pénale.París 1966, pág.99).
- (5) Es lo que vulgarmente se denomina "echar la culpa
a uno", "echar uno la culpa a otro", o "tener uno
la culpa de una cosa" (diccionario de la Real Aca-
demia...cit.pág.396) v.Santos Briz RDP 1967 pág. -
614.
- (6) S.BRIZ RDP, cit.pág.614. V.asimismo el diccionario
de La Real Academia...cit.pág.396.

B. Noción jurídico-positiva.

a) Las voces "culpa y negligencia" en el Código Civil

Los términos culpa y negligencia encuentran acomodo en abundante articulado de nuestro CC, como cri
terios reguladores y sancionadores del comportamiento
que ha de observar el obligado (1). Característica
común a todos estos preceptos, es el silencio le
gal sobre un desarrollo particular, con una inter--
pretación distinta de la culpa y negligencia, aplica
da de manera concreta a cada precepto en cuestión
El legislador, consciente de esta omisión, llevó -
el término culpa, junto con el de negligencia a una
norma de carácter programático -el art.1104-1 del
CC- equiparando ambos términos conceptualmente (2)

(1) La culpa viene indicada en los arts.1089 y 1093
como fuente de las obligaciones, en conexión co
la responsabilidad (art.1101), en los censos --
(art.1625), dote (art.1360), gestión de negocio
ajenos (art.1829), nulidad de contratos (art. -
1306), en las obligaciones alternativas (arts.-
1135 y 1136), condicionales (art.1122) y solidari
as (art.1147), referente a la pérdida de cosa
(art.1183), y referente a la prescripción (art.
1968). Finalmente en los arts.1902 a 1910, se -

recogen diversas modalidades de la culpa con especial mención a la culpa extracontractual. Por lo que respecta a la negligencia, se encuentra referida en los arts. 1018 y 1063 (heredero y coherederos respectivamente), en el 1360 referente a la dote y 1833 referente a la fianza; arts. 889 y 1890 (gestión de negocios ajenos), 705 y 715 (notarios), -- 1932 y 1968 (Prescripción), 1089 y 1093 (fuente de las obligaciones) y 1101 y 1902 (responsabilidad).

- (2) La misma equiparación se encuentra en el art. 1902. Si los términos culpa y negligencia pueden ser equiparados, o por el contrario encierran diferencias esenciales, es un problema que ha dado siempre origen a grandes polémicas jurídicas, y que en el fondo no hace sino revelar las distintas interpretaciones sobre la medida de la diligencia exigible, como más adelante tendremos ocasión de examinar. (sobre esto v. las consideraciones de ROGEL VIDE. La Responsabilidad civil extracontractual en el derecho español. 1977. págs. 49 y ss; 89 y ss.).

b) Definición legal

Señala nuestro Código Civil en el art. 1104-1, que -- "la culpa o negligencia del deudor consiste en la -- omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". (1)

La doctrina ante una definición legal, quizás más explicativa que básicamente definitoria, ha perfilado la noción de culpa o negligencia, que en el sentido en que la entiende el CC, representa una noción especial (2).

CASTAN, junto a una noción amplia o general de la culpa como la "omisión de la diligencia exigible en las relaciones sociales mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho y no querido" (3); ve una más concreta, ya desde la mera perspectiva contractual, que consiste -- "en la acción u omisión voluntaria, pero realizada --

sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación" (4).

Por su parte la Jurisprudencia ha adoptado caminos paralelos a la doctrina, manifestando que la culpa "es la infracción de la ley cometida libremente y sin malicia por alguna causa que se pueda y deba evitar" (5)

-
- (1) Los ordenamientos jurídicos extranjeros suelen contener asimismo una definición legal de la negligencia bien de manera más concreta y concisa que el nuestro, como por ejemplo la del párrafo 276 del BGB alemán para el cual, la negligencia consiste en el descuido de la diligencia debida en el tráfico; bien de manera más larga e incluso complicada que el nuestro como es el caso del ZGB de la DDR que en su párrafo 333 (3), señala que obra un ciudadano negligentemente, cuando ocasiona un daño, por comportamiento falto de diligencia, ligero o indolente, o por circunstancias semejantes que no se corresponden en la situación dada con la conducta exigible - necesaria a fin de evitar la situación dañosa.
 - (2) Así MANRESA Y NAVARRO. Comentarios al Código Civil español. Madrid 1967. Tom. VIII. vol. 1. pág. 221.
 - (3) Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid. Tom. I vol. II. pág. 609.
 - (4) ob. cit. tom. III 10 edic. Madrid 1967. pág. 168. En términos semejantes se expresan otros autores como por ejemplo MANRESA, para quién la culpa significa "un acto de omisión de carácter voluntario que supone - para aquel a quien sea imputable una responsabilidad encaminada a reparar la lesión que a consecuencia de aquel acto u omisión haya sido inferida al derecho de otro" (ob. cit. tom. III. vol. 1. pág. 221). Definiciones semejantes se encuentran en la doctrina extranjera. Así para RUGGIERO, la culpa presupone - la voluntariedad del acto, imputándose al sujeto el resultado dañoso de su acción, por no haber evitado o previsto sus consecuencias. (Instituciones de Derecho Civil. 4 edic. tom. II. vol. 1. Derecho de Obligaciones. pág. 125).

- (5) Así por ejemplo la STS 12 enero 1928. La de 4 de - julio 1925 hablaba de la negligencia como la "omi-
sión del cuidado" que se debe poner en los nego- -
cios. Sentencias posteriores se han manifestado en
sentido semejante sobre la noción de la culpa o ne-
gligencia, distinguiéndola, con mayor o menor acier-
to, del dolo (entre otras las de 9 de marzo 1962; y
25 de enero 1965).

3. La negligencia como vertiente negativa de la dili-
gencia.

El CC. no indica en efecto de una manera precisa e inequívoca que deba entenderse por diligencia, sino que por el contrario la supone o presume inmersa en la naturaleza misma de la obligación. Contempla sin embargo los efectos y consecuencias que puede produ-
cir la inobservancia de la diligencia, asignando a modo de sanción en cada caso determinadas consecuen-
cias, caso de que aquella se produzca.

Es así como la diligencia viene formulada, si no de manera positiva, sí al menos de forma negativa a --
través de la negligencia: cuando el sujeto no cum--
ple y observa de manera diligente aquello a lo que
venía obligado, incurrirá en culpa o negligencia.

Manteniéndose de esta manera la virtualidad del bino-
mio romano "culpa et diligentia"; se manifiesta la -
negligencia como la contrapartida de la diligencia -
(1); constituyendo la falta de esta, la esencia de -
la culpa (2), quedando así configurada como su aspec-
to o vertiente negativa.

Ahora bien, la culpa o negligencia tal como viene --
formulada en nuestro CC, si bien se refiere como ve-

remos a criterios típicos de diligencia a observar, no hace sin embargo alusión de manera clara a los componentes externos e internos de la diligencia, - así como tampoco a su eventual relación.

Dentro del ámbito definidor del art.1104 del CC, son debatibles las nociones de negligencia, de culpa, - de diligencia, de reprochabilidad de la conducta (3) etc. Afirmando el binomio romano, se puede en efecto decir que la inobservancia de la diligencia, es constitutiva de negligencia; si bien se puede argumentar en sentido contrario que la falta de aquella determina la negligencia si bien solo desde el punto de vista objetivo.

Surge así el punto central problemático de la diligencia: como deba ser entendida la culpabilidad; y en consecuencia la medida de la diligencia exigible, -- siendo varias las interpretaciones en orden a una calificación u ordenación legal de ambas nociones lo - que pasamos a examinar a continuación

-
- (1) Así PUIG BRUTAU. (Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. vol. II. Derecho General de las Obligaciones. Barcelona 1959. pág.436). La estrecha interdependencia es afirmada asimismo por la doctrina extranjera. Así WIETHOELTER, señala que - la negligencia surge por el descuido o inobservancia de la diligencia. (Der Rechtsfertigungs ...cit.págs.52 y ss, semejante DUNZ en NJW 1960, pág.510).
 - (2) CASTAN, ob.cit.Tomo III 10 edic.pág.168. Semejante MAYER-MALY (en Acp 163 (1963) págs.117 y 118), quién recalca además la necesidad de que la posible graduación de la negligencia tenga su fundamento en la medida de la diligencia exigible.

- (3) Iguales o semejantes problemas de interpretación, derivados de los términos imprecisos en que vienen recogidas las nociones de diligencia y negligencia se observan en el derecho comparado. Así por ejemplo en el derecho alemán, señala ESSER la nota de equivocidad que preside la fórmula que sobre la negligencia se encuentra contenida en el parágrafo 276.1.2. del BGB ya mencionada, por cuanto no permite discernir con claridad, si se trata de una característica de la acción, del injusto, o bien de la culpa. -- (Schuldrecht...I. cit.pág.244).

2. MEDIDAS Y CRITERIOS DE VALORACION. LA INTERPRETACION DE LA DILIGENCIA.

I. Objetividad de la diligencia.

1. La diligencia en el ordenamiento civil español.

A. El párrafo 1 del art.1104 del Código Civil. Abstracción y variabilidad.

Si bien como ya se indicaba, no contiene nuestro CC en su art.1104, definición directa y precisa de la diligencia, proporciona sin embargo ciertas medidas o criterios a los que deberá ajustarse la conducta del obligado. Señala así con carácter general el art. 1104 la medida de la diligencia exigible al obligado, la cual se determina en conformidad con la naturaleza de la obligación, correspondiéndose a las -- circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Hay que estar pues en un principio, a lo que diga -- lapropia naturaleza de la obligación asumida. Si esta guarda silencio sobre la diligencia exigible para satisfacer su cumplimiento, se deberá prestar aquella que observaría un buen padre de familia.

La consideración a la propia naturaleza de la obligación, asigna dos notas características a la diligencia: su objetividad y su variabilidad. El que el

sujeto deba observar aquella diligencia que se adecue a la naturaleza de la obligación que en su caso haya asumido, muestra ya una clara preferencia en nuestro derecho a la aplicación de un criterio objetivo y abstracto.

Esta objetividad en la diligencia exigible conforme a la naturaleza de la obligación debe corresponder además -a tenor del art.1104-1 CC- a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Con esto da a entender el legislador, que para la medida de la diligencia a observar, hay que ir a mirar aquella que se debe prestar por una persona normal y razonable en una determinada situación de la vida jurídica; constituyendo así las circunstancias concretas -de cada caso, las que junto con la naturaleza de la obligación, van a determinar la medida de la diligencia exigible a todo sujeto que se encuentre en semejante situación.

Se prescinde así, y por regla general, de la consideración a la propia personalidad del obligado, si bien la abstracción ha sido en cierta manera concretizada; "pero aún así el tipo de referencia en derecho civil sigue siendo un tipo abstracto, aunque determinado en función de circunstancias concretas. No se trata en el proceso civil de qué habría podido -hacer el demandado, dada su capacidad personal, sino qué habría debido hacer comparándole con un tipo imaginario" (1).

Por otra parte, la propia referencia que el ordenamiento civil hace a la naturaleza de la obligación junto con esa cierta concretización de la abstracción de la diligencia, provoca consecuentemente el carácter

ter variable de esta, según los distintos supuestos prácticos. Para la apreciación de la culpa debe por consiguiente tenerse en cuenta la variabilidad de la diligencia, con lo que se convierte aquella en una noción no rígida ni unitaria, sino por el contrario, ampliamente flexible y elástica.

Tal flexibilidad y elasticidad de la diligencia, viene manifestada además en un doble sentido.

De una parte, y lógicamente, según el diverso contenido de las distintas obligaciones.

"No es lo mismo la obligación de entregar dinero, o de entregar una cosa determinada, o de custodiar un objeto mueble, o de administrar una finca, o de dirigir una empresa, o de edificar una casa, o de realizar una operación quirúrgica. Si la prestación debida no se cumple, o no queda terminada en el momento convenido, o existe la duda de si lo realizado se --ajusta verdaderamente a lo prometido, surgirán una serie de dudas relativas a la responsabilidad del --obligado. En realidad en cada caso "lo debido" exigiría unas aptitudes, unas circunstancias concurrentes una dedicación y una diligencia diferente!" (2)

De otra parte, el carácter flexible y elástico de la diligencia se proyecta también dentro de una misma obligación, exigiéndose aquella que esta señale, "que lejos de ser siempre igual, tendrá la misma variedad de las relaciones y hechos en que surja y se manifieste", debiendo así atenderse en cada obligación, "no sólo a la naturaleza abstracta de la relación en que esté comprendida, sino a todos los elementos, aún --cuando sean accidentales, verdaderas circunstancias que en la existencia real de una obligación concreta concurren". (3)

- (1) S.BRIZ. RDP cit.pág.639
- (2) Así PUIG BRUTAU, quién concretamente señala, - "que no se puede juzgar la conducta del obligado por el mismo rasero". (ob.cit.tom.Ivol.II, pág.435). La noción de la diligencia "diferente" es asimismo mantenida por BARASSI, para quién - según la distinta severidad en la naturaleza de las obligaciones, debe el juez adoptar (hace -- aquí referencia BARASSI al art.1103 del CC.español) un tipo de diligencia más exigente, criticando en consecuencia a GIORGI, cuando este - afirma, que en tales circunstancias, se altera el tipo de diligencia normal, agravándolo. (La Teoría...cit.vol.III pág.17).
- (3) MANRESA, ob.cit.tom.IIIvol.I pág.234. En sentido semejante la STS 25 de enero 1965.

B. El párrafo 2 del art.1104 del Código Civil

a) Su carácter complementario.

Normalmente la obligación asumida no contiene, o como dice el CC "no expresa" de manera directa y precisa, la diligencia que debe prestarse. En tales supuestos, como se vió establece el Código en el párrafo 2 del art.1104, como medida de diligencia exigible, aquella que correspondería a un buen padre de familia. Nuestro CC haciéndose eco de un criterio tradicional e -- históricamente aceptado al utilizar esta medida de valoración (1), plantea ya la cuestión debatida sobre -- su incardinación en la propia sistemática del ordenamiento jurídico.

Surge así el problema en saber si este criterio tiene carácter subsidiario respecto a aquel anterior de la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación, lo que a simple vista, parecería deducirse no -- sólo por el lugar secundario que la ley le asigna (el

párrafo segundo del art.1104), frente al primer criterio (contenido en el párrafo primero del mencionado precepto, definitorio por lo demás, caso de su -- inobservancia, de la culpa o negligencia); sino también de los propios términos en que el precepto se expresa.

Frente a este carácter subsidiario que parece dió el legislador al criterio del diligente padre de familia en el art.1104-2 CC, se ha argumentado como postura -- contraria, su aplicación con carácter principal (2). Si el diligente padre de familia conlleva el mismo -- significado que tuvo en el derecho romano, como determinante de una culpa "in abstracto", de carácter leve, se puede argumentar la oportunidad de tal criterio -- para aplicarlo de manera directa como medida de la diligencia exigible a falta de declaración en contrario de las partes (3).

El hecho de que la naturaleza de la obligación no menciona casi nunca la diligencia a observar por lo que hay que acudir apoyándose en la propia redacción del precepto, a aquella romana del buen padre de familia; reforzada además, si se quiere, por el empleo de este criterio en el CC con carácter principal en su articulado, no se corresponde de manera totalmente satisfactoria con la propia realidad jurídica.

La naturaleza de la obligación se dirige en principio a matizar o conformar en cierta manera la diligencia que debe prestar el obligado, sin prescindir no obs-- tante del diligente padre de familia. Este deja su -- pretendido carácter subsidiario, para pasar a incardinarse ya desde un principio en la naturaleza de la obligación. Así, uno y otro criterio se ven complemen

tados, para especificar, en lo que sea posible el contenido dimensional de la diligencia a prestar. Con esto no se desliga la diligencia del buen padre de familia de la exigible conforme a la naturaleza de la obligación, pues en caso contrario se colocaría aquella en un estado tal de abstracción desconocido incluso por el derecho romano, que además no dejaría entender la gran elasticidad y capacidad de adaptación a los supuestos varios de la vida real que la diligencia del buen padre de familia fue tomando con el paso del tiempo.

No hay pues ni subsidiariedad ni protagonismo. La diligencia exigible del párrafo 2 del art.1104 CC, no es de aplicación subsidiaria, ni tampoco de aplicación principal, respecto de la propia del párrafo 1 del mismo artículo; sino que es complementaria del mismo. Teniendo a la vista lo que exige la naturaleza de la obligación en orden a su cumplimiento, debe el obligado prestar aquella diligencia de un buen padre de familia, de acuerdo con la propia naturaleza de la obligación, y que además se corresponda con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Esta interpretación, aglutinadora de los dos criterios contenidos en el art.1104 del CC, que encuentra eco en la doctrina (4), y que permite entender un criterio vivo y real de la diligencia exigible potenciando así los recursos del juez para la valoración de la negligencia en la actuación del sujeto, como más adelante tendremos ocasión de examinar, se contiene incluso de forma expresa en el mismo articulado del CC, con relación a una figura jurídica que por su carácter de ejecución personal de una obligación de hacer, constituye el umbral, junto con los arrendamientos de servi--

cios (5) de lo que pueda ser la medida de la diligen
cia exigible al trabajador, partiendo precisamente -
del contenido obligacional asumido, como punto de re
ferencia fundamental para determinar la misma: nos -
estamos refiriendo al mandato. En su ejecución (art.
1719 CC), debe el mandatario seguir y acomodarse a -
las instrucciones del mandante; con lo que la diligen
cia a prestar toma su punto de partida en lo pactado
contractualmente (párrafo 1 del mencionado precepto).
A falta de instrucciones concretas del mandante, dis-
pone el párrafo segundo, que el mandatario hará todo
lo que según la naturaleza del negocio, haría un buen
padre de familia.

Debe así prestar el mandatario en primer término aque-
lla diligencia que contractualmente haya sido acorda-
da conforme a la naturaleza de la obligación. En aque-
llos puntos oscuros o no suficientemente regulados, que
por lo tanto necesiten de una interpretación fáctica
conformadora de los deberes del mandatario, se recu-
rre de nuevo a la naturaleza de la obligación, obser-
vando aquello que conforme a esta realizaría un buen
padre de familia.

La afirmación conjunta de que el deudor debe prestar
la diligencia de un buen padre de familia, conforme -
a la naturaleza de la obligación, supone interpretar
de manera efectiva y practica, la exigibilidad de - -
aquella.

- (1) Algunas legislaciones han prescindido de este criterio. Así por ejemplo el BGB alemán, donde no se menciona la diligencia del buen padre de familia, ni en la formulación contenida con carácter general en el parágrafo 276, ni en ningún otro precepto; el código de obligaciones y contratos de la antigua zona española de Marruecos, hablaba en su art.18 de la diligencia "que correspondería a un celoso administrador" (en CASTAN, ob.cit.Tom.III, 10 edic. pág.169, cita. n.2). Del "buen administrador" hablaba también el CC del imperio japonés en su art.334 (texto oficial Tokio 1891, citado por PREDELLA, ob.cit.pág.138).

Otras, por el contrario, han conservado la tradición e inspiración romanas. Así por ejemplo el CC italiano de 1942 en su art. 1176, párrafo 1 señala que "nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre de familia, otras legislaciones emplean asimismo el criterio del diligente padre de familia, si bien no como formulación general, sino simplemente relacionado con instituciones jurídicas concretas, así el CC belga, en su art.1374.1. en donde solamente lo refiere a la gestión de negocios ajenos: "Il est tenu d'apporter á la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de familie" (CC belga en vigor en Bélgica desde el 1 de enero 1973. Bibliotheque Marabout); y el CC francés en su art.1137 sobre la obligación de velar por la conservación de la cosa. Numerosos códigos civiles latino-americanos hacen asimismo uso de este criterio: así por ejemplo, el argentino (art.512); el chileno (art.1547); el guatemalteco (art.1436); el portorriqueño (art. - 1057); el uruguayo (art.93) etc. (v. MANRESA, tom. VIII.vol.I pág.247).

- (2) El CC alude a esta medida, de manera relativamente frecuente, como principal y directa a aplicarla a la que se ha de ajustar la conducta del obligado. Así, con respecto a las obligaciones del tutor (art.264-4); deberes del usufructuario (art. 497); obligación positiva de dar -y por tanto conservar- una cosa (art.1094); en la gestión de negocios ajenos (art.1889); en obligaciones que nacen de culpa o negligencia (art.1903 en su párrafo final) etc.

- (3) v. TRAVIESAS (RDP 1926 pág.289). Semejante postura parece adoptar asimismo MANRESA (ob.cit.tom. VIII.vol.I págs. 234 y ss); si bien afirma que - la propia obligación, puede reflejar la diligencia exigible que su cumplimiento requiera, y por lo tanto la culpa en que el obligado puede quedar incurso, cuando aquella diligencia quede inobservada. Parece sin embargo, que desliga la diligencia del buen padre de familia del art.1104-2 CC, de aquella que exija la naturaleza de la obligación (párrafo 1 del mencionado precepto); colocando así la diligencia del buen padre de familia, en un cierto grado de abstracción, sin referencia concreta a la naturaleza de la obligación, por cuanto habla de ella como "límite normal" o "punto de referencia", en relación con otros grados o criterios de diligencia.
- (4) Así entre otros J.L.DE LOS MOZOS, ob.cit.pág.53, nota n.27; DIAZ PAIRO. Teoría... Tom.I. págs.119 y ss. (citado en CASTAN ob.cit. tom.I vol.II pág. 611). PUIG BRUTAU, ob.cit. Tom.I.vol.II pág.437; S.BRIZ. La Responsabilidad Civil. Madrid 1970. -- págs.41 y ss.
- (5) Respecto a estos, el legislador ha guardado silencio, omitiendo una regulación especial de la diligencia a prestar; y recurriendo por contra al criterio general de la diligencia contenida en el -- art.1104 CC. La mención expresa al empleo de la - diligencia de un buen padre de familia en materia de arrendamientos, viene hecha en el art. 1555.2, por lo demás referido solamente al ámbito de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas.

b) Su relación con la figura del hombre medio y del hombre sensato y razonable.

El criterio del diligente padre de familia ha venido desarrollándose como vimos a lo largo de la historia jurídica hasta nuestros días, sobre las

líneas básicas fijadas con anterioridad por el derecho romano.

Prescindiendo de interpretaciones políticas, por lo demás, no lo suficientemente profundas (1); lo cierto es que este criterio, de carácter flexible y - - elástico (2), lo que aportamás ventajas que inconvenientes, se ha ido revelando como adecuado e idóneo en su aplicación a la diversidad de supuestos y relaciones existentes en la vida jurídica práctica. (3)

El afirmado carácter flexible y elástico del criterio del buen padre de familia revela en efecto su capacidad de adaptación a la diversidad de relaciones jurídicas; nos dice sin embargo poco sobre el grado de su intensidad: qué diligencia viene a representar en definitiva de modo material.

Se ha dicho que, siendo el derecho en primer término reflejo de los fenómenos sociales derivados del comportamiento del ser humano, debe inspirarse para el establecimiento de sus máximas en el criterio del hombre común o normal, del hombre medio-estadístico, que con sus virtudes e imperfecciones, representa la moral, así como las condiciones sociales y económicas existentes en una sociedad histórica determinada. (4)

De la elasticidad del criterio del diligente padre de familia, surgió como noción similar la denominada diligencia del hombre medio, como aquella que un hombre común o normal usa en el tipo de relación obligatoria de que se trate. Hay tantos hombres medios, cuantas son las condiciones sociales y las profesiones de los hombres (5). El buen padre de familia se toma como

tipo medio o normal de persona diligente (6).

El hecho de que, sin embargo, la jurisprudencia haya declarado que "la diligencia exigible, ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso" (7), nos lleva a plantearnos la pregunta, de si la diligencia del hombre sensato y razonable, empleando la terminología jurisprudencial, coincide o no, y si en este último caso es superior o inferior, con aquella que observa el hombre medio; y en definitiva cual de ambas puede representar un criterio idóneo y adecuado del buen padre de familia.

El hombre medio, así como el hombre sensato o razonable, representan criterios de valoración, de carácter general objetivo. No se limitan además a fijar una -- frontera valorativa de índole negativa, tratando de determinar aquello que en ningún caso cae dentro de la esfera de la aptitud, sino que también se esfuerzan -- por establecer una medida o criterio positivo de las aptitudes presupuestas por el ordenamiento jurídico -- en el obligado. Intentan de esta manera clarificar, -- cual sea la aptitud esperada de este, como hombre medio o razonable, para un supuesto determinado.

Por lo general, no existen grandes dificultades prácticas en comprobar, si el obligado se ha movido en el ámbito de la diligencia del hombre medio, o bien, en el marco de lo sensato o razonable, por cuanto la diferencia existente entre la aptitud y capacidad del --

hombre medio o razonable, y lo observado o realizado de hecho por el sujeto, se suele apreciar en la práctica de manera palpable. La posible diferencia que pueda haber entre ambos criterios, queda en tales supuestos, irrelevante.

Ocurren sin embargo casos en los que se hace difícil el precisar, si el sujeto ha dejado inobservada la diligencia exigible, o de otra manera dicho, qué criterio se ha empleado para afirmar que aquella ha sido lesionada. En tales supuestos puede tener entonces relevancia al determinar con la mayor fijeza y claridad posibles, aquello que sea capaz de realizar, y por lo tanto de exigir, de un hombre razonable o medio en las mismas circunstancias; intentar en definitiva averiguar, cual de los dos criterios se aproxima con mayor realismo y precisión a lo debido de la diligencia en una relación jurídica concreta.

El hombre medio (el hombre "pro-medio", "por término medio"), representa aquella valoración conjunta o promedio de todos los componentes de un grupo en una relación jurídica determinada, incluidos por consiguiente los miembros mejores y peores de ese grupo.

Este hombre estadístico, parece en principio no representar un criterio del todo idóneo y adecuado para el establecimiento de la medida de diligencia exigible, por cuanto que de lo contrario, se haría depender esta, de la media aptitud o capacidad existente en aquel momento en un grupo de deudores determinado. Se estaría así, de esta manera, a la conducta que observaría un

hombre medio en la misma situación, lo que no puede admitirse sin reservas por dos razones fundamentales.

De un lado sería ya sin más negligente, aquella actuación del sujeto, que quedase por debajo de lo -- atribuído al hombre medio, sin efectivamente comprobar, si en el propio sujeto, o en las especiales -- circunstancias del caso, había ya algo que justificase la inobservancia de aquella conducta media o -- promedio. Del otro, se vería favorecido el sujeto de aptitud y capacidad superior a la media, al que se -- le podría exigir, en base precisamente a su personalidad, la observancia de una diligencia superior; el carácter estadístico, impediría sin embargo un juicio de valoración adecuada al sujeto de aptitud más elevada, que la del hombre medio (8).

Una diligencia, basada en tales consideraciones, que daría así fijada de manera un tanto superficial, por que orientada la conducta media conforme a la experiencia, se daría una receptividad más lenta de reconocer o asimilar nuevas posibilidades de aumentar el grado de diligencia exigible (9).

En este estado de cosas parecen surgir algunas diferencias de relevancia entre ambas medidas, por cuanto se piensa que el criterio del hombre medio, posee un nivel más bajo e impreciso, que aquel del hombre sensato o -- razonable, al representar este último un criterio -- fuertemente abstracto de conducta, por cuanto se está en definitiva pensando en un tipo de persona, cuya valoración tiende a identificarse con la propia que del mismo hace el ordenamiento jurídico (10).

El paso a lo "sensato o razonable" refleja en mayor medida la diligencia asumida, en cuanto que no se agota en aquella correspondiente al hombre medio, - sino que se proyecta más allá, a lo razonablemente exigible, en orden a cumplir la aceptada obligación, protegiendo de esta manera la confianza del acreedor, que espera que sea cumplida aquella de manera satisfactoria, y consecuentemente, la seguridad en el tráfico jurídico.

Parece haber en efecto algo más, algo distinto, en lo debido de la diligencia, si se dice que el deudor debe cumplir la obligación de manera "razonable" o "sensata", que si por contra se afirma que aquella debe - cumplirse con el empleo de la diligencia del hombre medio. El juez debe echar mano de un sentimiento jurídico semejante para valorar el caso concreto (11).

La diligencia del hombre sensato y razonable se conexio na de manera real y efectiva, con los principios que informan y determinan el contenido de la obligación, lo que parece reflejar de manera fiel la objetividad de la diligencia exigible. No se establece una obligación cualquiera de dar o hacer, para que se cumpla con la diligencia del deudor medio, ni bueno ni malo, sino - para que se cumpla de manera sensata y razonable, para que se cumpla objetivamente, conforme a la naturaleza de la obligación; lo que lleva ya en principio a afirmar que la diligencia del hombre medio, entendida en los términos examinados no es conciliable con la medida de la diligencia exigible derivada del propio espíritu del contrato, por cuanto no se aprecia de manera satisfactoria, el que aquella suponga una garantía -- real y efectiva del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Admitimos bajo las consideraciones expuestas la existencia de diferencias entre la diligencia del hombre sensato y razonable, y aquella otra medio o promedio; así hay que indicar que el criterio del diligente padre de familia, debe ser reflejo, más del hombre sensato y razonable, que del hombre medio en los términos vistos; por cuanto parece adecuarse mejor al satisfactorio cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor.

El cumplimiento de la obligación de manera sensata y razonable, no permite con facilidad descuidos, fallos o errores, que por su aparición individual u ocasional, pudieran tener cabida en la diligencia del hombre medio (12), con lo que parece así exigirse un mayor esfuerzo y atención en un determinado momento sin que se pueda argumentar que el fallo o descuido en cuestión, sea propio de la actuación del hombre medio.

Se trata en definitiva de colocar frente al deudor medio, al deudor sensato y razonable, como indica BARASSI, al "buon debitore", entendido en su sentido moderno; "non l'uomo medio risultante dal contrasto tra il fervore e la pignizia" (13).

-
- (1) Menger, califica al buen padre de familia como el hombre característico, representativo del burgués, bien acomodado, bien nutrido y bien vestido. La noción llevada por este autor al campo de las relaciones laborales, representa una figura absolutamente egoísta, para las relaciones entre trabajador y empresario, un fruto de la opresión existente, que impide una elaboración progresiva del derecho. En su lugar, propone un tipo nuevo de hombre:

el "wackere brave Mensch". (Das bürgerliche G.B. und die Besitzlosen Volksklassen pág.195 v.PREDELLA ob.cit.pág.17 y BARASSI, ob.cit. págs,32 y - 33.

El derecho soviético, que critica también la noción del diligente padre de familia, habla del - hombre íntegro, honesto y recto (v.BARASSI, ob. cit. pág.32, cita n.1.). Tales críticas parecen realmente apoyarse en un mero juego de palabras o etiquetas terminológicas, que en concepciones - jurídicas verdaderamente nuevas. Pero incluso, -- aún admitiendo tales concepciones como novedosas en el terreno jurídico, habría que preguntarse si las mismas representan o no un avance o retroceso, en la contemplación de la personalidad del obligado en general, o del trabajador en particular. El fijar por ejemplo, como en la DDR, como medida de determinación de la negligencia, la diligencia del trabajador más avanzado, de aquel que produce mejor, (asi PANZER, Die Verantwortlichkeit für - - Dritte in den Vertragsverhältnissen zwischen - - sozialistischen Wirtschaftsorganisationen.1958.pág. 35; o como en la URSS, cuando se elegía al mejor trabajador, como criterio determinante de la medida de la responsabilidad en el cumplimiento de -- los planes productivos (GENKINBRATUS-LUNZ-NOWIZKI, Lehrbuch des sowj.Zivilrechts I. 1950, pág. 506), no puede llevar sino a afirmar la vuelta a una -- "exactissima diligentia" en tales ordenamientos - jurídicos (así MAYER-MALY, en Acp.163, pág.130). Entre las críticas más diversas, (para PUCHTA la diligencia del buen padre de familia, hacía referencia a la diligencia de un loco, PERNICE, señala, que incluso los romanos pronunciaban la palabra diligencia -antes de que esta fuera elevada a categoría jurídica- con una leve mueca de ironía y desprecio, BARON decía que el buen padre de familia no descuida lo en él acostumbrado, y lo que la tradición y la moral le imponen, siendo bajo - este aspecto un delincuente (v.BARASSI, ob.cit. - págs.31 y 32); tienen verdadera relevancia jurídica aquellas que no admiten la validez de este criterio, por oponerse a la consideración subjetiva- personal del sujeto, como más adelante veremos.

- (2) Ya GABBA, en 1899 había descrito acertadamente la idea de la elasticidad en la noción del diligente padre de familia: "Vi sono tanti tipi di buon padre

di famiglia, cioè di uomo diligente, quante sono le condizioni sociali, e le industrie e professioni degli uomini e per ciascuno uomo la diligenza doverosa vuol essere apprezzata secondo il tipo a lui appropriato..." (Giurispr.it.1899, pág.7; en BARASSI. La teoría...cit.vol.III pág.16). Semejante se expresaría con posterioridad PREDELLA, para quién el criterio del buen padre de familia, posee la suficiente elasticidad para poder regular nuevas relaciones surgidas de la vida moderna (ob.cit.pág.18).

- (3) Así BARASSI, quién calificando esta figura de - - "profundamente humana", afirma su aplicabilidad, incluso a las relaciones de trabajo (ob.cit.vol. III, págs.27 y 30).
- (4) En este sentido v.PREDELLA; ob.cit. págs.57 y ss. y 116 y ss.
- (5) Así PREDELLA ob.cit. págs. 4, 138 y 139. Semejante BETTI (Teoría General... cit.pág.139).
- (6) CASTAN, ob.cit.tom. IV 10 edic. v.MANRESA, ob.cit. tom.VIII. vol.I. pág.235.
- (7) STS 9 de abril 1963 (de la que se ocupa también S. BRIZ. La responsabilidad, cit.pág.40.) Otras sentencias, han calificado el criterio del buen padre de familia como "diligencia simple" (STS 30 de junio 1959), o como base general de calificación o estimación (STS 25 enero 1965), sin en - - efecto explicitar, si tales calificaciones van referidas, a la del hombre medio, a aquella del hombre sensato o razonable, o a cualquier otra que pueda traerse a colación.
- (8) En este sentido WIETHOELTER, ob.cit.pág.20, MUENZBERG. Verhalten und Erfolg als Grundlagen der - - Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt 1966., - págs.242 y 243.
- (9) Así DEUTSCH. Fahrlässigkeit...cit.pág.126 v. también MAYER-MALY, Acp 163, cit.pág.134.
- (10)MUENZBERG. ob.cit.págs.cit. v.MAIHOFER. JUS 1963, pág.168.

- (11) Nosotros, señala MAIHOFER (en JUS cit.pág.168), tenemos que colocarnos en la situación del afectado en el caso concreto por la consecuencia de nuestro comportamiento, y preguntarnos, lo que nosotros, como tales, esperaríamos consecuentemente de los demás, qué reclamaríamos por lo -- tanto de ellos de manera equitativa. Tenemos -- que colocarnos así como médico en la situación del paciente, como comprador en el lugar del -- vendedor, y preguntarnos que podríamos esperar de manera natural, justa y equitativa de un médico o de un vendedor sensato o razonable. El -- derecho nos remite a este punto de partida de -- la persona sensata o razonable, donde el relleno material de sus trazados tiene que dejarse -- al juez.
- (12) Asi WIETHOELTER. ob.cit.pág.20. Incluso en el -- sentido romano: el diligente padre de familia -- está, como se vió expuesto al fallo o al error, no sin embargo de manera fácil. Por consiguien-- te este criterio, no debe constituir meramente reflejo de un "aurea mediocritas" (así sin em-- bargo FORCHIELLI. Riv.dr.civ.IX.1963.págs. 215 y ss.) al que nos debamos orientar.
- (13) La Teoría...cit.vol.III, pág.15. Para HORST. H., la denominación del "hombre razonable" no signi-- fica sino expresar en términos actuales, aquella tradicional del buen padre de familia. (Unmöglich_h keit und Nichterfüllung Bonn 1969 pág.209).

C. Valoración judicial y diligencia exigible.

El juicio de valoración del comportamiento obser-- vado por el sujeto como diligente o por el con-- trario como negligente, viene, en derecho, ante todo deducido o indagado, a través de un juicio colectivo, que tiene en cuenta normas o premisas de carácter general y no particular.

El derecho, considera la especie, la categoría de - las acciones, desde un punto de vista general y abstracto, en el que los hombres pueden ponerse de - - acuerdo de manera uniforme (1).

Más por una propia imposibilidad material, que por - falta de deseo del legislador, no es posible contem- plar enteramente la persona como tal, es decir, como individualidad o singularidad (2). Esta impotencia - del legislador para reconducir el amplio y complejo campo de la conducta humana, a normas tan específi-- cas y concretas que cubriesen todos los supuestos -- prácticos que en la vida jurídica se presentan, le - ha llevado, con sano criterio de justicia, a dictar normas de contenido y alcance general, de las que el juez debe echar mano para valorar y determinar, si el sujeto ha observado o no un comportamiento diligente (3).

El mero recurso a estas normas de carácter general y programático, no es sin embargo enteramente suficien- te para cumplir el objetivo de equidad en la adminis- tración de la justicia.

El carácter dilatado y extenso de la culpa o negli-- gencia, de difícil reducción y sintetización, revela como ya vimos, la complejidad en la concepción de la diligencia, según la diferente pluralidad de las obli- gaciones, así como su diverso contenido, en especial de las nacidas de contrato, todo lo que determinó la necesidad de acudir a la propia valoración de los tri- bunales para dar solución a tales problemas. (4)

Surge así, la denominada teoría del arbitrio judicial, reflejada en nuestro CC en el art.1103, que concede a los tribunales facultados para moderar la responsabilidad que proceda de negligencia según los casos (5), lo que se encuentra asimismo en el ámbito del derecho comparado (6).

Esta facultad de moderación concedida a los jueces, - tendente, según ha manifestado tanto la doctrina (7), como la Jurisprudencia (8), a perseguir y satisfacer exigencias de equidad, conlleva ya la aplicación de la buena fe en la valoración judicial de la negligencia, en base a la que, el juez atenúa o mitiga el rigor de la norma general, constituyendo su aplicación un fuerte apoyo para este, al permitirle revisar la exigibilidad del contenido obligacional de los contratos (9).

Nuestro CC, que abandona la clasificación tripartita de la culpa romana, remite para su apreciación al criterio de los tribunales según las circunstancias concretas de cada caso, dejando asimismo la regulación de la responsabilidad al arbitrio judicial (10).

La diligencia exigible al obligado va a ser por consiguiente examinada y contemplada caso por caso. La - - flexibilidad del arbitrio judicial en la valoración de la negligencia, hace que la diligencia exigible se constituya en una noción "permanentemente revisable", debiéndose así configurar conforme a la realidad de los hechos (11).

Bajo tales consideraciones, no parece desacertado - afirmar que la diligencia exigible, encierra una no ción de carácter relativo, por lo que se debe tener siempre presente las circunstancias en las que se - mueve cada supuesto en concreto, no pudiéndose en - consecuencia hablar de una diligencia en sí, ni si- quiera quizás, de un deber general de diligencia(12).

Ahora bien, a pesar de lo dicho, parece sin embargo quedar en una cierta oscuridad, cual sea o como haya de producirse la conexión entre el exámen de la diligencia caso por caso, y la norma general del art.1104 del CC; cual sea en definitiva la posición del arbitrio judicial, en relación con la normativa general sobre la diligencia, existente en el ordenamiento civil.

Las normas de carácter general existentes, conformadoras de la diligencia exigible, no pueden entenderse desplazadas o desatendidas, porque se piense la - necesidad de "que el juez atienda a las circunstan-- cias especiales del caso, y entonces cuando tenga -- plena conciencia de ellas, no son necesarias reglas para fallar con arreglo a la equidad (13), pues es - precisamente conforme a estas y en atención a aque-- llas circunstancias, lo que verdaderamente proporciona al juez criterios realistas y efectivos, por de-- más ajustados a derecho; no sin embargo la mera con- sideración de las circunstancias del caso, marginando u omitiendo la propia aplicación del contenido legal de la norma. El arbitrio judicial, no supone que los tribunales vengán facultados "a determinar libremente la existencia de la culpa" (14).

La libertad de valoración judicial, no debe ser llevada a tales extremos que supongan conceder al juez una desmesurada aplicación de la buena fe, que debilita de forma inadecuada, por su exceso, la virtualidad del principio "pacta sunt servanda".

El juez, debe así usar de manera razonable del principio de la buena fe. De lo contrario se le estaría atribuyendo a aquel un amplio poder discrecional para subvertir cláusulas contractuales y normas jurídicas en nombre de una valoración equitativa de la situación del obligado (15).

La teoría del arbitrio judicial no conlleva por consiguiente a negar o ignorar, la aplicación de los -- principios valorativos generales sobre la diligencia; sino que por el contrario, al lado de estos --y en orden a una aplicación razonable del principio de la equidad-- establece la idoneidad de que la diligencia sea examinada caso por caso, aplicando con prudencia el principio de la buena fe, al objeto de no hacer peligrar la seguridad y confianza en el tráfico jurídico.

El afirmado carácter de la diligencia como noción permanentemente revisable, supone así conjuntar la norma del art.1104, con el arbitrio judicial del art.1103 - CC (16), colocando además, junto al carácter preeminentemente objetivo del arbitrio judicial, la posibilidad según los casos, de un eventual examen por el juez de la personalidad del sujeto (17), lo que está en consonancia con la indicación jurisprudencial de - que la valoración de la diligencia "es una cuestión

de hecho", "habiendo de partir de los hechos para di lucidar el calificativo de culpa o negligencia" (18). De aquí precisamente la necesidad de que la diligen-- cia sea siempre examinada caso por caso, de manera -- que el juez, ateniéndose a los criterios que con carác-- ter general establece el ordenamiento jurídico, pueda sin embargo utilizar o valorar, conforme a las cir-- cunstancias del caso concreto, otros no previstos o -- cuando menos, no de manera expresa y directa por la -- norma.

- (1) PREDELLA. ob.cit.pág.141. La función general del derecho de dirigirse a la generalidad de las per-- sonas, es afirmada asimismo por HARDWIG. (Die -- Zurechnung. Hamburg 1957. pág.124), quién consi-- dera esta como primaria (v.también STERNBERG, -- Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig. -- 1912, págs.116 y ss.)
- (2) En este sentido HOLD-FERNECK (Die Idee der Schuld Leipzig 1911, págs.53 y ss: Die Rechtswidrigkeit I. pág.27. Jena 1903).
- (3) De aquí el carácter general y programático de la diligencia exigible, del art.1104 de nuestro CC, así como del art. 1176, párrafo 1, del CC italia-- no, y el parágrafo 276 del BGB alemán, como he-- mos visto.
- (4) Así PUIG BRUTAU, si bien añade que no debe ser con-- cedida aquella de manera excesivamente amplia -- (ob.cit.tom.I.vol.II, pág.435. v.STS 20 diciembre 1930).
- (5) La propia jurisprudencia fué delimitando y mode-- lando la teoría del arbitrio judicial (así entre otras las sentencias de 29 mayo 1897, 14 de mayo 1920, 4 julio 1925, 3 abril 1940, 14 diciembre -- 1963, y 25 enero 1965).
- (6) Así en la doctrina alemana, entre otros, H.STOLL (Acp 162, págs. 231 y ss) G.GEILEN (en JZ 1964 -- págs. 11 y ss.) WILBURG W. (Elemente des -- -- -- Schadensrechts, Marburg 1941, pág.53 y ss, y 283 y ss. Por su parte la doctrina italiana ha acep--

tado asimismo el arbitrio judicial, con frecuentes remisiones a nuestro CC alabadoras de su articulado. (así BARASSI. La teoría...cit.vol.III págs. 17, 31, 297).

- (7) Así DE DIEGO. Instituciones de Derecho Civil Español. Madrid 1930. tom.II. pags.25 y 26. MANRESA. ob.cit.tom.VIII vol.2 pág.244.
- (8) v. cita n.5 pág.anterior, en especial la STS 14 diciembre 1963.
- (9) Así LARENZ (Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid 1956. pág.208), lo que en cierta manera contempló ya el pretor romano, moderando el ius civile, al insertar en la fórmula la consideración a la buena fe. (v. págs.11, 12 y 13 de este trabajo).
- (10) Así CASTAN, ob.cit. tom.III, 10 edic. págs.169 y 170. PUIG PEÑA, en Nueva Enciclopedia Jurídica - SEIX. VI. pág.108. GARCIA AMIGO "Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual". Madrid 1965. pág.81.
- (11) En este sentido v.BETTI. Teoría general...cit. - pág.125. MAYER-MALY, Acp 163, cit.pág.115, MUENZBERG, ob.cit.pág.241.
- (12) Así DEUTSCH. Fahrlässigkeit...cit.pág.404. Consecuentemente la culpa se constituye como un concepto relativo, no existiendo una negligencia -- "per se" (v.HUBER, en JZ 1969 pág.679; WOLFF.Verbotenes Verhalten 1923. pág.221).
- (13) Así, sin embargo DE DIEGO. Instituciones... cit. págs.cit.
- (14) MANRESA (ob.cit.tom.VIII. vol.2 pág. 236 v.en este sentido la STS 3 abril 1940).
- (15) BARASSI (La teoría...cit.vol.III, pág.297). Como medio de gran ayuda para determinar el límite de libertad en la valoración judicial, puede quizás servir la consideración a la propia naturaleza - de la cosa inmersa en la obligación, como concretos "Ordnungs-und Gestaltungsdenken", en expresión de CARL SCHMITT, (UEber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg.1934. - págs.8 y 11), que el juez debe tener presente.

- (16) En este sentido MANRESA (ob.cit.tom.VIII.vol.I. págs. 234 y 235. v.asimismo DE LOS MOZOS ob.cit. pág.54 con referencia a la doctrina norteamericana en este mismo sentido).
- (17) Así S.BRIZ. Las Responsabilidad...cit.pág.42.
- (18) STS 25 enero 1965.

2. La diligencia debida en el tráfico. (El parágrafo 276 del BGB alemán.

A. Abandono de los criterios clásicos.

Frente a su mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico, el criterio del "diligens pater familias", empleada en el derecho alemán en tiempos pasados (1), como medida de conducta a observar, fué posteriormente abandonado. Se pensaba que criterios como el diligente padre de familia, el hombre medio, o denominaciones semejantes (2), no estaban a la altura ni en consonancia, con los pretendidos deseos de renovación y modernización de la diligencia.

Se opera de esta manera, la transición de un modelo preconcebido de conducta, que fundamentaba la existencia de una diligencia meramente descriptiva, a otra de carácter normativo (3), que reflejase de una manera adecuada la compleja variedad de la vida moderna en que se movía el ser humano (4).

Las nuevas tendencias tuvieron reflejo en la elaboración del BGB, que si bien en un principio ha-

bló de la diligencia usual en el tráfico, con posterioridad adoptaría otra denominación, que es la actualmente contenida en su parágrafo 276.1.2.; "obra negligente, aquel que descuida la debida diligencia en el tráfico".

El BGB, con esta categorica definición de la negligencia, pone de relieve una formulación de la diligencia exigible, tan aparentemente sencilla como realmente -- compleja, cuya interpretación a causa de la gran generalidad de su formulacion, sería ya desde su aparición, fuente de debate y controversia tendentes a precisar -- que diligencia deba entenderse como debida en el tráfico jurídico (5).

-
- (1) WAGHTER. Pandekten I. (págs.447 y 459. cit.en WIE-THOELTER.ob.cit.pág.25).
 - (2) El HGB, conservó sin embargo sus denominaciones primarias. Así el parágrafo 347, habla del "ordenado comerciante"; en la misma línea los párrafos 384, 408, 429, 497 y 511, hablan asimismo de la diligencia de un ordenado porteador, naviero y navegante.
 - (3) El calificativo de "normativo" es sostenido por -- ESSER, por cuanto no se toman en consideración los personales defectos del sujeto, que quedan así irrelevantes. (Schuldrecht... I.ob.cit.pág.249).
 - (4) El individuo, indica DEUTSCH, en el transcurso de un día de su vida, interviene en diversas esferas: participa en el tráfico jurídico general, convirtiéndose con posterioridad en especialista o profesional, siendo luego amateur o incluso profano (Haftungsrecht ... ob.cit.pág.283.).
 - (5) Las posturas doctrinales a este respecto, son tan variadas, que se puede afirmar, no solo la existencia de posiciones contrapuestas, objetivas o subjetivas

sobre la diligencia, sino también, el que cada autor ve el problema de una forma diferente, asignándole su personal interpretación: la diligencia está claramente orientada hacia criterios objetivos (HAFFERBURG, en NJW 1959, pág.1399. ERMANN, BGB -- Kommentar 1975. pág.625), no teniendo porqué ser -- siempre utilizada en sentido rígidamente objetivo (V.CAEMMERER. Karlsruher Forum.1961.págs.19 y ss.), identificándose, caso de su inobservancia, con la noción de negligencia, pero no agotando en ningún caso, la noción más amplia de la culpa ("Oberbegriff" para NIPPERDEY, en NJW 1958, pág. 781; WUSSOW, en - NJW 1958, pág.893).

B. Características: necesidad y referencia al tráfico.

La diligencia como programa de conducta.

Problema fundamental que trata de solucionar la doctrina alemana, es por tanto el de determinar, qué medida o grado de diligencia en general, puede sostener y esperar como debida un normal y sano tráfico jurídico.

Esta referencia al tráfico lleva a caracterizar a la diligencia como aquella necesaria, debida o imprescindible ("erforderliche") en el mismo, con lo que se trata así de precisar lo debido y exigido en este. Se construye así una noción unitaria de la diligencia exigible "la debida en el tráfico", tendente a evitar daños a terceros en el ámbito extracontractual (1), - sujetando en el contractual, la conducta del sujeto, a aquello que el propio tráfico exige y espera en -- esa situación determinada (2), surgiendo en cualquier caso una tipicidad de carácter objetivo en la diligencia, sin consideraciones a la esfera de la personalidad del sujeto (3).

La necesidad y lo debido del comportamiento del sujeto con referencia a lo esperado y exigido en el tráfico jurídico, justificada por la doctrina incluso bajo criterios políticos-económicos (4), lleva a considerar a la diligencia como un programa de conducta, que va a condicionar la negligencia del sujeto a aquello que tenía que observar, a aquella línea de comportamiento que debía seguir, pero que no ha observado ni seguido (5).

El programa de conducta, que necesariamente debe ser observado conforme a las necesidades y exigencias que el tráfico jurídico establece, puede venir determinado bien por la ley, mediante reglas jurídicas concretas, bien por la propia relación obligatoria, bien por una norma de conducta de usual observancia en el tráfico jurídico, surgida de las necesidades que una vida en común impone a los hombres, mostrando la práctica con frecuencia el juego conjunto y no separado de tales criterios en relación con la diligencia exigible. Con esto se pone ya de manifiesto que la diligencia debida en el tráfico, no sólo no debe ignorar, aquella de observancia usual o habitual, sino que incluso, en no pocas ocasiones, va a ser objeto de identificación con esta (6).

(1) "Erforderlich" para LARENZ, no consiste solamente en el grado de diligencia que es habitual -- prestar en el tráfico, sino que también abarca -- aquella otra, que bajo determinadas circunstancias, debe ser exigida con objeto de impedir situaciones de peligro y consecuencias dañosas a otras personas. (Lehrbuch...I.cit.pág.209. Semejante WIETHOELTER.ob.cit.pág.23).

- (2) v. DEUTSCH. ob.cit.pág.283.
- (3) WIETHOELTER. ob.cit.pág.cit.
- (4) PLEYER, ve en la exigencia de una diligencia necesaria (erforderliche) y no usual (übliche), - no sólo una mayor protección a la seguridad de los negocios jurídicos que se originan en el -- tráfico, sino también, la adecuada garantía en mantener el funcionamiento de la economía de mercado (Arbeitnehmerhatung und Wirschatftsordnung. Berlín 1968).
- (5) v. HECK. Grundriß des Schuldrechts. Tübingen.1929 págs. 76 y ss.
- (6) El cambio de la expresión "übliche" por la de -- "erforderliche" en el BGB, respondía a que se había considerado que la primaria denominación - - "in Verkehr übliche Sorgfalt", llevaba a multi-- tud de problemas prácticos, por cuanto se pensa-- ba, que dentro de la referida noción (la diligen-- cia "usual o acostumbrada" en el tráfico), po-- drían tener cabida y consideración, descuidos o fallos de gran frecuencia y arraigo en la vida - práctica. Esta fórmula, tampoco resolvía el pro-- blema que se originaba cuando un uso jurídico no estaba todavía suficientemente formado o configu-- rado. Estas y semejantes consideraciones, aconse-- jaron excluir del texto legal el calificativo de "übliche" (usual) para la diligencia, sustituyén-- dolo por el de "erforderliche" (debido o neces-- rio). El objetivo de un cambio tal estaba claro: conseguir una cierta precisión en la medida de la diligencia exigible, al mudar su denominación. Si un cambio tal ha supuesto efectivamente un verda-- dero progreso en precisar la diligencia exigible, es una cuestión que se hace depender del alcance y significación de los calificativos, objeto aquí de debate, por cuanto frente a las supuestas ven-- tajas arriba mencionadas, que un cambio tal origi-- naría, se puede también argumentar, que incluso - habiéndose de diligencia "debida" (la "erforderli-- che, según la terminología alemana), no tiene forzosamente porqué dejar de ser la übliche, si con este término no sólo queremos expresar en efecto la meramente usual o acostumbrada, sino también - la debida de manera usual que se derive de las le

yes o de la voluntad de las partes según la propia naturaleza de la obligación asumida. Bajo esta segunda perspectiva, no debe resultar extraño, que frente al sector mayoritario doctrinal, que vió con buenos ojos el cambio de denominación, juristas de la talla de WENDT, criticaron el mismo, por cuanto pensaban que este no tenía más relevancia y significado, que el meramente gramatical o terminológico. Así diría -- WENDT que "der Zusatz im Verkehr erforderlich verändert die Bedeutung überhaupt nicht". (en Acp.87.pág.435. Con posterioridad MAYER-MALY calificaría de infructuosa, la discusión sobre -- que diligencia deba ser la decisoria, si la de un ordenado padre de familia, la usual o la debida en el tráfico (en Acp cit.163. pág.119). -- Una crítica tal, serviría como mínimo para mantener fuera de toda duda la influencia que las reglas de conducta usuales o habituales ejercen sobre la diligencia exigible en el tráfico, por que son estas las que en definitiva van conformando a la vez que transformando la concepción del mismo. (en este sentido v.NIPPERDEY. en NJW 1957 págs.1777 y ss.)

C. Exposición y desarrollo.

a) La formación del tráfico jurídico.

La interpretación objetiva de la diligencia, reconducida en una primera etapa a una severa abstracción, fué dulcificándose con el paso del -- tiempo para entrar en una segunda fase de establecimiento de una serie de medidas distintas, según la diversidad de esferas existentes en el tráfico jurídico, formado este por las condiciones sociales existentes, delimitadas y enmarcadas en supuestos concretos.

De esta menra, se fue paulatinamente decantando -- por la doctrina alemana, no sin dificultades, la

formación de grupos típicos de personas, encuadrándose cada uno en las distintas y correspondientes esferas del tráfico jurídico, salvándose los obstáculos que presentaba la formación de grupos en cuanto a extensión, así como los límites de los mismos, subsanándose en lo posible las dificultades que presentaba la diferenciación entre los diversos círculos jurídicos.

Por otra parte, y junto a esto, se perseguía -- además, el establecimiento de una mutua relación entre los diversos círculos de personas, evitando así el consiguiente aislamiento, que sería contrario a la propia realidad del tráfico. La medida de la diligencia exigible, se fue adaptando a -- esos grupos diferenciados, así como a los distintos círculos, que la evolución y el desarrollo del tráfico jurídico iba paulatinamente decantando, tarea en la cual la jurisprudencia, --apoyada en los sectores más numerosos de la doctrina--, -- vendría a desempeñar un papel significativo, pronunciándose hacia una medida objetiva-típica de la diligencia.

Jugando así papel relevante la esfera concreta -- del tráfico jurídico para la determinación de la medida objetiva de diligencia exigible, se hizo necesario el poder determinar esa esfera del tráfico en cuestión; siendo la propia concepción -- del tráfico ("Verkehrsanschanung"), la que proporciona el recurso a una toma de decisión sobre si debe apreciarse en su seno la formación de un grupo típico, y, consiguientemente, qué medida de diligencia debe ser exigida a los miembros del mismo (1).

(1) v. DERTMANN. Recht der Schuldverhältnisse. -

Berlín 1928. M. RUEMELIN. Das Verschulden im --
Straf-und Zivilrecht. Tübingen. 1909.págs.40 y
ss.

b) Generalidad y especialidad en las esferas del tráfico

Doctrina y jurisprudencia han diferenciado una esfera del tráfico de carácter general, de especiales -- círculos jurídicos en el mismo, resultándose a su vez de estos últimos, grupos formados por sus características personales, así como los originados por la entrada de una persona en una esfera determinada del -- mismo (Auftretensgruppen).

Por regla general, la pertenencia fáctica a un grupo concreto del tráfico jurídico, va a venir primaria y fundamentalmente caracterizada, por un acto o manifestación de voluntad (1) de aceptación, y secundariamente, como deseable complemento de aquel, por una -- instrucción y formación, adecuada al compromiso que -- en ese concreto círculo del tráfico se origina, precisamente, en atención a la actuación voluntaria del obligado (2).

Toda conducta que no se encuadra en una esfera del tráfico especial, se reconduce a la denominada esfera general del mismo; aquí se encuadran aquellas que no están concretizadas, ni tampoco caracterizadas por alguna entrada especial en una esfera determinada, ni por características típicas personales. La conducta -- exigible en esta esfera general del tráfico, se debe acomodar al nivel de facultades, que una persona apta

y capaz desarrolla dentro del mismo, al objeto de -
prevenir y evitar los riesgos que se puedan presen-
tar, y en la que está depositada la confianza de los
demás participantes en el tráfico jurídico.

En cuanto a las esferas o círculos del tráfico de ca-
rácter especial, se ha apelado para su formación, a
criterios tales como la profesión a desempeñar o el
ejercicio de actividades que llevan implícitas, la -
eventual causación de un daño, el nivel de formación
e instrucción del obligado, la participación en el -
tráfico jurídico de una manera concreta y determinada,
la edad, la diferenciación de sexos, la posición so-
cial, la consideración al nivel de salud de una per-
sona, así como a su experiencia (3), dejando siempre
una puerta abierta a la formación de nuevos grupos y
nuevas características (4).

Por su parte, ya la jurisprudencia del RG, conforme
a la diversidad y particularidades de los grupos de -
personas en los términos vistos, fué diferenciando la
medida de la diligencia exigible. Había que tener en
consideración la diversidad de esferas del tráfico ju-
rídico, exigiendo aquella diligencia, que se podía re-
clamar a un miembro responsable, perteneciente a una
de aquellas (5).

La línea del RG fue seguida y perfeccionada por la -
jurisprudencia posterior, señalando la existencia de
diferenciaciones típicas entre los distintos grupos, -
debiéndose exigir a cada miembro de uno determinado,
el mismo grado de diligencia, que "en semejantes rela-
ciones, y en el grupo de personas que en su caso sea,
es estimado como suficiente por gente capaz y escrupu-
losa" (6).

- (1) Así DEUTSCH. Fahrlässigkeit...cita.pág.133
- (2) Sobre esto v.DERTMANN, ob.cit.
- (3) El primer grupo no sólo en cuanto a su origen, si no también en lo que atañe a su relevancia jurídica, formado en el seno de la doctrina y jurisprudencia alemanas, se constituyó en atención a la - profesión, oficio o actividad a desarrollar por - el sujeto. Su formación, determinada en principio por la jurisprudencia de una manera amplia, fué - paulatinamente concretándose y precisándose, para adaptarse así a las nuevas situaciones que iban - originándose en la vida práctica. En cuanto a los restante, se hace de interés indicar algunas características de los más relevantes. Así, en los grupos típicos formados conforme a la edad, se establece una diligencia concreta correspondiente a la tipicidad de este grupo. No se mira tanto la personal aptitud y capacidad del sujeto, sino que en - primer término se tiene presente que puede ser esperado por ancianos o jóvenes de corta edad. (Estos últimos, indica DEUTSCH, necesitan de una lenta pero progresiva acumulación de experiencias para reconocer el riesgo y las situaciones de peligro, y poder así desarrollar una conducta adecuada a la evitación o prevención de estos riesgos, ajustada asimismo a la realidad de los hechos. -- Fahrlässigkeit...ob.cit.págs.130 y ss). Si bien la praxis muestra una especial protección jurídica para este grupo (v.BGB, en VersR.1970. pág.374); ocurre que también la edad en casos especiales -- puede aumentar el grado de diligencia exigible. - Los jóvenes vienen obligados en una concreta situación, a unas determinadas reacciones, reflejos y rapidez de movimientos, que quizás un hombre maduro no hubiese podido observar. (BG Praxis 13,26,29; BGH, en VersR.1970. pág.467).

La consideración a la posición social del sujeto - ("Lebensstellung"), contemplada ya por la jurisprudencia del RG (así por ejemplo v.RGZ, 95,16,18), ha constituido otro círculo del tráfico jurídico, teniente asimismo a la formación de grupos típicos, - teniendo en cuenta el ambiente en que su vida se desenvuelve, así como las actividades y actuaciones que emanan y resultan de su posición social. Finalmente la consideración al sexo, había creado asimismo diferencias con relevancia en la vida jurídica

ca. El distinto nivel de aptitud y capacidad que en ocasiones presentaban el hombre y la mujer, - hacía pensar en un tratamiento especial para el sexo femenino. Esto llegó a tener por regla general, alguna relevancia en aquellos supuestos en los que la mujer desarrollaba una actividad, que por sus características -generalmente la necesidad de un gran esfuerzo físico para su ejecución o especial dureza de la misma- estaba tradicionalmente reservada al hombre. Este tratamiento -especial, no encontró con posterioridad un apoyo mayoritario en la doctrina. Señala sin embargo -ERMANN que, en prevención de supuestos que puedan tener un carácter excepcional, se debe examinar -con cuidado, hasta qué punto sea justificado un -tratamiento diferente conforme al sexo (en DEUTSCH Haftungsrecht...cit.pág.285).

- (4) Así ESSER. Schuldrecht...I.cit.págs.248 y ss. La formación de grupos, su admisión o renuncia, así como la ordenación de los mismos, son cuestiones no raramente debatidas en la doctrina alemana. (sobre esto puede verse HEINSHEIMER, Acp 95.págs.251 y ss. LARENZ. Lehrbuch...I.cit.págs.210 y ss. - - DERTMANN. Recht der Schuldverhältnisse.ob.cit. -- RUEMELIN. Das Verschulden...cit.págs.cit.).
- (5) RG. en JW 1902. RGZ, 95,16,18; 118,41,42; 131,12,14. RG en JW 1911.537 n.10.
- (6) Así BGHZ.5.318.319.Semejante BGH en NJW 1961 pág. - 600 v.ERMANN, BGB Kommentar cit.págs.632 y ss.

c) La diligencia "standard". Supuestos de no aplicación.

La diligencia, concebida en los términos vistos, - supone en conformidad y adecuación con las necesidades del tráfico; recurriéndose para su determinación a la medida standard correspondiente a cada - uno de los grupos típicos formados en el seno del

mismo. La medida de diligencia a observar es por con siguiente la que en el tráfico se emplea como stan-- dard.

Con esta denominación se quiere dar a entender, aque llas aptitudes y facultades que son esperadas, así - como la conducta jurídica, que consiguientemente se debe observar en la esfera del tráfico jurídico co-- rrespondiente. Estamos así en presencia de una dili- gencia no subjetiva-individual; sino por el contrario, objetiva y standarizada (1).

El standard de diligencia que se espera observe el -- obligado, reside en la protección al principio de con fianza, así como el hacer efectiva la garantía de la prestación (2). En estos dos principios que potencian el recurso a la objetividad, existe un apoyo y conexión recíproca, por cuanto el principio de la confianza re- posa en último término en la garantía por parte del -- deudor de que posee la aptitud, conocimiento y expe- -- riencia precisa para cumplir con aquella diligencia - que la situación requiere, garantizando en definitiva el cumplimiento de la prestación.

La sola contemplación de las características persona- les del sujeto en una prestación, cuando él "lo mejor de sí" da, no le es suficiente en el tráfico jurídico. Este, no se ve servido sólo con el empleo por el obli- gado, de buena voluntad, es decir, que conforme a sus características personales haya realizado una determi- nada prestación lo mejor posible (3).

El fundamento de una medida objetiva, viene pues determinado, por lo que el tráfico espera sea observado; configurándose esta expectativa, se ve este protegido. Su seguridad exige el que se tenga que poder confiar y contar con que la parte contratante, posee las típicas cualidades de su profesión o de su grupo. La mera consideración de las cualidades individuales del sujeto, debilitaría la virtualidad del principio de la protección a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico (4)!

Ahora bien, la puesta en funcionamiento de la garantía de que se va a poder observar el standard de diligencia en una determinada esfera del tráfico, se produce como vimos, a partir del momento en que el obligado entra a formar parte de dicha esfera. Acepta así este ya desde un principio, el poder cumplir y observar la diligencia standard de su grupo, surgiendo de esta manera, lo que doctrina y jurisprudencia alemanas han dado en denominar la "UEbernahmeverschulden" o asunción inicial de la culpabilidad por el obligado al tiempo de la contratación, de carácter fuertemente objetivo, cuya importancia se dejará sentir en la dinámica de la relación de trabajo, como detenidamente tendremos ocasión de examinar.

Por otra parte la propia realidad del tráfico jurídico, como vimos, trata de evitar el rígido aislamiento en que podrían quedar inmersos los diversos grupos típicos del mismo. La conexión que en la práctica se puede producir entre estos, puede determinar en ocasiones, la inaplicabilidad de la medida general de la diligencia standard. Normas de conducta de general observancia, pierden o aminoran la fuerza de su exigibi

130

lidad en base a la consideración de las características personales o situación especial en que se encuentra el sujeto.

En tales supuestos debe aminorarse el rigor del principio a la protección y confianza en al seguridad del - tráfico jurídico, no reclamado una mayor diligencia - que la que el sujeto está en condiciones de desarro--llar (5).

La especialidad de tales situaciones, viene fundamen--talmente determinada, bien por la mayor o menor nece--sidad de la actuación del sujeto en un determinado -- círculo del tráfico, aún no poseyendo las aptitudes - suficientes en aquel requeridas, bien por la ignoran--cia no negligente del sujeto, sobre determinados he--chos, que de saberlos o poder reconocerlos, le lleva--rían a prestar un comportamiento más escrupuloso (6). En tales supuestos, puede quedar el sujeto exonerado de prestar la medida de la diligencia standard, exigida sin embargo para los demás miembros de su círculo jurídico (7).

(1) Así ESSER Schuldrecht...I.cit.págs.249 y ss. HUBER U. (Fetschruf E. HUBER 1973, págs.269 y ss.) LARENZ. Lehrbuch...I.cit.págs.119 y ss. Sobre las aplicaciones diferenciadas de los standards jurídicos en el ámbito del derecho anglo-americano, - así como también en el europeo, y sus conexiones con la buena fe, pueden verse las referencias que señala DE LOS MOZOS ob.cit.págs.52 y ss.

(2) Así ESSER, para quién la fundamentación objetiva de la diligencia descansa, tanto en el "Vertrauensgrundsatz", como en el "Gewährkeistungselement" - (Schuldrecht...I.cit.págs,248 y ss).

- (3) ESSER. Schuldrecht...I.cit.págs.cit.
- (4) LARENZ. Lehrbuch...I.cit.págs.212 y ss.
- (5) LARENZ. Lehrbuch...I.cit.pág.212.
- (6) v. DEUTSCH. Fahrlässigkeit...cit.pág,137, y los ejemplos que allí menciona.
- (7) La edad, señala ESSER, refiriéndose en especial a la vejez, debe tenerse en cuenta junto a cada grupo del tráfico jurídico, lo que tiene especial relevancia en relación a los grupos profesionales - (Schuldrecht...I.cit.pág.250) El factor de la edad puede así operar no sólo como mero hecho determinante de excepciones a la aplicación de medidas - generales de diligencia, sino que también puede - hacerlo como excepción propia e independiente. En este sentido ha indicado von CAEMMERER, que la - formación de grupos típicos conforme a la edad, - sólo vendría en realidad justificada, bajo el - - prisma de la reprochabilidad personal, constituyendo así este grupo una excepción que contradice el sentido de la teoría objetiva. (Karlssruhe Forum...cit.págs.26 y ss).

De considerar son también aquellos supuestos, de relevancia en el Derecho del Trabajo como se verá, en los que al tiempo de celebrarse el contrato le eran conocidas al acreedor ciertas peculiaridades personales del deudor (v. PLANCK. Kommentar zum - BGB.4 edic.276 Anm.2). De esta manera sólo podría el acreedor esperar y exigir del deudor una diligencia adecuada, no a lo objetivamente exigible en el tráfico, sino por contra a las propias peculiaridades personales de aquel.

II. Subjetividad de la diligencia.

1. Posiciones doctrinales clásicas.

A. Manifestaciones.

Varias son las posturas que a lo largo del tiempo - han concebido la diligencia como una noción preponderante subjetiva, fundamentándose con mayor o menor intensidad, en nociones y criterios penales de la - culpabilidad, llevando su aplicación al campo civil.

Así se piensa, que la esencia de la subjetividad en la diligencia, consiste en la previsibilidad. Frente a las exigencias objetivas, bien conformadas por el ordenamiento jurídico, bien nacidas de la propia situación o circunstancias, se coloca la previsibilidad. No cumpliendo el obligado con aquellas exigencias, debe sin embargo solamente responder, en el caso de que hubiera sido capaz de prever el resultado (1).

Frente al paradigma abstracto de conducta, se coloca el exámen de la propia individualidad del sujeto. Independientemente de que se determine una conducta o comportamiento con referencia a un modelo de persona, extraída a su vez de la experiencia del tráfico jurídico, lo decisivo consiste, en que el sujeto hubiera podido obrar diligentemente, teniendo en cuenta su individualidad, es decir, con el empleo de su capacidad física y mental (2).

La consideración a la subjetividad, es inherente a la noción misma de la diligencia. Si bien diligente debe significar el ser concienzudo, como lo es el tipo normal de persona escrupulosa o exigente, el resultado será diferente conforme a la disposición y aptitud de cada persona en concreto (3).

Tratar en tales circunstancias de imponer a una persona, las exigencias que conlleva un criterio ideal-abstracto de conducta, produciría un homúnculus jurídico, por cuanto que, personas consideradas sin faltas ni defectos, no son en realidad susceptibles de equiparación a una persona normal, sino por el contrario a una "persona normativizada" (4).

Una clara distinción debe establecerse entre la objetividad de la diligencia y las aptitudes personales del obligado. Frente a las exigencias que re--claman la abstracción de aquella, se coloca la ne--cesaria contemplación de la esfera de la personalidad o individualidad del sujeto, proporcionándonos así, el juicio de valor, de si este puede observar aquellas exigencias conforme a su capacidad subjetiva personal (5).

La teoría subjetiva clásica ha sido contemporánea--mente desarrollada en el derecho alemán por NIPPER--DEY, fundamentalmente bajo la perspectiva de la antijuricidad y de la culpa, utilizando así en la línea clásica de los subjetivistas, principios característicos del derecho alemán (6).

Introduce la noción de la "Sozialadäquanz" o conducta adecuada a lo social, que había sido ya con anterioridad desarrollada en el ámbito del derecho penal - (7), siendo actividades adecuadas a lo social, aquellas que se mueven dentro del marco histórico que - ha venido desarrollando el orden ético-social de la vida en comunidad, que precisamente permite aquellas, siendo las reglas que conforman lo adecuado a lo social, no sólo las normas y leyes estatales, sino -- también los principios elaborados por la jurisprudencia, así como todas aquellas normas de conducta de--sarrolladas en el seno de la sociedad. No obstante su significado para la determinación de la negligencia es parcialmente relevante, por cuanto el cumplimiento de las mismas, se conecta solamente con la - objetividad, no sin embargo con la propia subjetividad de la diligencia (8).

Aquella conducta objetivamente diligente, que justifica las exigencias de una vida en común, y sin embargo lesiona de modo inevitable un bien jurídico - reconocido, no va en contra del ordenamiento jurídico, por cuanto es adecuada a lo social (9).

La noción de la diligencia debida en el tráfico se corresponde y coincide así a juicio de NIPPERDEY, - con la conducta "adecuada a lo social". La diversidad de exigencias en la graduación del comportamiento del sujeto conforme a los distintos grupos típicos de personas en el tráfico jurídico, es una argumentación carente de un sólido fundamento, porque - lleva a la creación de una escala distinta de la diligencia, según la incardinación del sujeto en uno u en otro círculo del tráfico; ocurriendo por el contrario que la diligencia exigible objetivamente se caracteriza por la nota de la invariabilidad (10).

No obstante las consecuencias jurídicas resultantes de la inobservancia de la diligencia objetiva, no - afecta a todos los sujetos por igual, porque precisamente en este momento entra en acción el examen - de la culpabilidad subjetiva a través del reproche de la conducta, siendo este únicamente, el sujeto a variación, no sin embargo la diligencia (11).

(1) VON LISZT. Deliktsabligationen...cit.pág.55. v. SIBER. Grundriss des Schuldrechts. Leipzig 1931. págs,43 y ss.

- (2) ZITELMANN. Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. Leipzig. 1900. pág. 158. COSAK. Lehrbuch des -- deutschen bürgerlichen Rechts. 5 edic. tom. I. -- pág. 301.
- (3) BRODMANN. ACP 99 cit. págs. 347 y ss.
- (4) BRODMANN cit., para quién el diligens pater familias representa en consecuencia una noción -- inútil y arbitraria (págs. 344 y ss).
- (5) LEONHARD. Fahrlässigkeit... cit. págs. cit. L. ENNECCERUS. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1928. Bd. I. págs. 551 y ss.
- (6) NIPPERDEY. Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, - - Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht. NJW 1957. págs. 1777 y ss. Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht 1959. La postura de NIPPERDEY ha encontrado cierto eco en la doctrina, así como en la Jurisprudencia, recurriendo esta por primera vez al principio de lo adecuado a lo social - - (v. HAFFERBURG, en NJW 1959 pág. 1398), al declarar el GroBe Zivilsenat del BGH en st. 4.3.57. - que no hay lugar a la antijuridicidad, cuando - se ha observado una conducta conforme a lo debido en el tráfico jurídico.
- (7) WELZEL. Das deutsche Strafrecht 5 edic. 1956 (v. también la 7 edic. 1960). Das Neue Bild des Strafrechtssystems. 1957. (v. asimismo la 4 edic. 1961)
- (8) NIPPERDEY, en NJW 1957. cit. págs. cit.
- (9) NIPPERDEY, en NJW. 1957 cit. págs. cita. WELZEL. Das deutsche... ob. cit. pág. 76. La idea de que la diligencia debida en el tráfico, sirve de dilimitación a la antijuridicidad, venía ya recogida en el derecho de Pandectas, si bien utilizando como criterio anterior la diligencia de un buen padre de familia. Así señalaba WAECHTER (Pandekten I. pág. 447. cit en WIEHOELTER ob. cit. pág. 25), que - "lo que no se ha podido evitar con el empleo de la diligencia de un buen padre de familia no cae en la esfera de la deuda (Verschuldung), sino - que es una mera circunstancia fortuita". Ciertamente como indica WIEHOELTER, el derecho de -- Pandectas, no conocía la noción de la antijuridicidad. (ob. cit. pág. cit.)
- (10) NIPPERDEY, NJW. 1957 cit. págs. cit.

- (11) "Es la subjetiva reprochabilidad la que cambia -indica NIPPERDEY- no la medida objetiva de la diligencia". (NJW.cit.pág.1782, semejante ya - BRODMANN, ACP cit.págs. 363 y ss y LEONHARD ob. cit.págs.9 y ss).

B). Su finalidad común.

Las posiciones doctrinales expuestas, vienen a resaltar en definitiva, bien que con diversas argumentaciones, que la subjetividad significa ante todo - una fuerte consideración individual de la persona - del obligado, prescindiendo en cierta manera del en torno que la rodea. Supone así el tener presente en primer plano, las características, condiciones y -- circunstancias personales del sujeto, que van a actuar en su favor, no exigiéndose en consecuencia una diligencia abstractamente considerada, sino concretizada en la propia persona del sujeto.

La interpretación subjetiva de la diligencia, pone de manifiesto de manera clara, que la consideración a la personalidad del obligado, tiene un sitio en - la teoría de la culpabilidad.

Teniendo siempre presente la relación entre el "de be" y el "puede" del obligado, se pone de relieve, que para el cumplimiento de un deber, para en definitiva poder prestar la diligencia exigible, es pre supuesto imprescindible, el que el sujeto posea la aptitud y capacidad necesarias en orden a su realización (1). La propia conexión que el derecho debe tener con la vida práctica, no dejaría entender -- sin reservas, la existencia de un deber sin consi-

deración a que el obligado pueda efectivamente cum
plir (2). No se puede en nombre del derecho, exigir
la observancia de la diligencia normal, a aquel que
precisamente no posee esta condición (3).

- (1) Lo que no viene a significar sino, bien que des
de una mera perspectiva subjetiva, el traer a
colación la relación entre "poder" y "deber", -
que con carácter general ha indicado BETTI: "el
deber supone siempre un poder de hecho, positi-
vo o negativo, puesto que en rigor, no se debe
sino aquello que se puede: en derecho, deber lo
imposible es un absurdo" (Teoría General...cit.
págs.270-271).
- (2) v. MUENZBERG. Verhalten...cit.pág.192 WOLFF.Ver-
halten.cit.págs.230 y ss.
- (3) BRODMANN, ACP cit.pág.355.

2. La diligencia "in concreto"

A. Introducción.

La mayoría de las legislaciones no reflejan de ma-
nera expresa la mención a la diligencia "quam suis"
omitiendo en consecuencia un tratamiento directo de
la misma.

Entre estas se encuentra nuestro CC, el cual no es
tablece de manera expresa graduación alguna de la
culpa, no recogiendo para ningún efecto, a diferenen
cia de otros códigos (1) la referencia a la diligenen
cia "quam suis". Tal mención se reputa además por -
la doctrina innecesaria, dada la fórmula flexible
que nuestro código (arts.1103 y 1104) adopta para -

determinación de la diligencia y negligencia (2).

Ahora bien, el que del carácter elástico del ordenamiento civil, se deduzca la posibilidad de existencia de la diligencia "in concreto" en una relación jurídica determinada, nada nos dice en principio sobre el sentido en que esta deba venir concebida y desarrollada.

Dentro del propio ámbito de la subjetividad, existe fundamentalmente una dualidad de niveles, surgida por el progresivo abandono del concepto primario de la diligencia "in concreto", a causa de la evolución progresiva del derecho, para llegar a un segundo estadio que muestra ya diferencias de relevancia con el anterior, todo lo que se examina a continuación.

-
- (1) El BGB alemán, por el contrario, establece una formulación general de la diligencia *quam suis* en el parágrafo 277, recogiendo además la culpa *in concreto*, en la custodia gratuita (parágrafo 690), en cuanto al socio en asuntos y negocios concernientes a la sociedad (parágrafo 708), para la responsabilidad de los cónyuges entre sí (parágrafo 1359), en el ejercicio de la patria potestad (parágrafos 1664, 1686), y para la responsabilidad de los preherederos -- frente a los herederos (parágrafo 2131). La doctrina ha visto el fundamento de una responsabilidad especial y mitigada para estos supuestos, en que los mismos encierran relaciones -- personales, en las que la nota de la confianza alcanza un papel relevante. (ERMANN. BGB. Kommentar. cit. anm. parágrafo 277 pág. 661. ESSER. Schuldrecht. I. cit. pág. 251-252).

- (2) En este sentido v. CASTAN (ob.cit.tom.I.vol.II, pág.611.1963. CFr.MANRESA ob.cit.tom.VIII.vol.I.págs.234 y ss.). PUIG BRUTAU, aboga por un intento de graduar la diligencia a observar, en el cumplimiento de las distintas clases de -- obligaciones (ob.cit.tom.I.vol.II pág.435). -- Ciertos vestigios de una referencia a la diligencia quam suis, por lo demás no del todo clara, se encuentran en el art.255, párrafo 2 de nuestro Código de Comercio (diligencia del comisionista: "...cuidado del negocio como propio"

B. Dualismo de niveles.

a) La diligencia personal acostumbrada.

Habíamos ya indicado en el capítulo primero de este trabajo, que el criterio romano de la "diligentia quam suis" iba a resultar insuficiente, no ya obviamente para la interpretación de la diligencia como objetiva, sino también en la contemplación de la misma desde el ángulo de la personalidad o individualidad del sujeto. Aquella indicación va a encontrar ahora su confirmación, al abandonarse por insuficiente e insatisfactoria -- la noción romana de la diligencia "quam suis".

El BGB alemán recoge, como indicamos la culpa in concreto de manera general, al señalar en su párrafo 277 la posibilidad de que el obligado haya de responder solamente por aquella diligencia -- que suele emplear en sus propios asuntos. Esta -- diligencia, de cara raíz romana, la personal -- acostumbrada del sujeto, concebida en tales términos, ha sido fuertemente criticada por amplios sectores doctrinales en orden a su reducción, e incluso a su eventual eliminación del campo jurídico (1).

La diligencia in concreto, concebida meramente como aquella que el sujeto acostumbra o suele acostumbrar a emplear en sus asuntos propios, no se articula con la noción de la diligencia debida, ni objetiva, ni tampoco "subjetiva", - llevando en sí implícita la exclusión del principio a la protección y seguridad del tráfico jurídico, dejando la confianza de la otra parte en situación de inseguridad e indiferencia (2).

Exigiendo meramente del obligado la diligencia que en él es habitual observar en sus asuntos personales, se protegen aquellas conductas habitualmente perezosas y negligentes, que sin embargo, y al amparo de este criterio, no quedan sujetas a responsabilidad. De esta manera, no - se lleva al sujeto a potenciar toda su capacidad en orden a un buen hacer, sino que por el - contrario se fomenta su negligencia, al no hacer viable que la persona habitualmente descuidada en sus asuntos propios, ponga en los ajenos una diligencia mayor que la suya acostumbrada.

Entendida así la diligencia "quam suis", no representa un criterio adecuado para construir -- una interpretación real y eficaz de la subjetividad en la conducta jurídica del deudor, por - - cuanto no indaga sobre su verdadera capacidad y aptitud.

(1) "La personal acostumbrada diligencia, es el último residuo de los conceptos de diligen-

cia acuñados en épocas pasadas" (DEUTSCH.JUS. 1967, pág. 497. Semejante BRANDENBURG.JUS.1974 pág.18). "Un gran número de dudas reclama la - eliminación de la diligencia quam suis del derecho de obligaciones" (H.J.HOFFMANN, en NJW - 1967.pág.1210.v.también ERMANN.ob.cit.pág.661) Por su parte la jurisprudencia, en la misma línea crítica que la doctrina ha tratado de paliar o suavizar la difícil aplicación práctica de la medida de la diligencia personal, usual o acostumbrada. Así ha hablado el BGH de "teleologische Reduktion", y de "inhaltliche Richtigtellung" (en VersR.1960 pág.802.BGHZ 43,313).

- (2) En este sentido LARENZ. Lehrbuch.I.cit.pág.216. ESSER. Schuldrecht.I.cit.págs.251 y ss. STOLL. JZ 1964 pág.63.

b). La diligencia personal posible.

Semejante interpretación de la diligencia tan conflictiva y de resultados tan insatisfactorios, provocó la importantísima distinción, dentro de la esfera de la subjetividad, entre la diligencia personal habitual ("eigenübliche Sorgfalt") y la diligencia personal posible ("eigenmögliche Sorgfalt") -- (1). No se va a contemplar de aquí en adelante la diligencia acostumbrada por el sujeto, sino que se va a determinar la medida exigible de aquella, atendiendo a su verdadera capacidad y aptitud.

No se trata por consiguiente ya, de la diligencia que "suele", sino por contra de la que "puede" observar el sujeto, profundizándose así en la noción de la subjetividad, surgiendo una diligencia personal realmente "subjetiva", adecuada a las necesidades prácticas, que se distingue claramente de la diligencia personal acostumbrada. Mientras que en esta prima la idea de "lo acostumbrado" por el sujeto

en sus propios asuntos, aquella se refiere a la -
"posible" en el mismo, teniéndose así en cuenta,
no los hábitos o costumbres propias del sujeto, -
sino su talento y disposición.

Debe este por consiguiente emplear su diligencia
personal posible, la cual no comprende los descui-
dos, inadvertencias o fallos personales usuales en
el mismo, como tampoco, el que sus posibilidades
de ejecución satisfactoria de la prestación, que-
den por debajo de su verdadera aptitud y capacidad.

-
- (1) La praxis muestra abundantes fricciones entre
la diligencia personal acostumbrada, no sólo
con la objetiva-típica, sino incluso con la -
diligencia subjetiva-personal (v. HOFFMANN.ob.
cit.págs.cit.BRANDENBURG.ob.cit.págs.cit.).

C. Control objetivo frente a conducta objetiva.

Sin duda, se ha dado un gran paso al contemplar ya
la subjetividad de la diligencia como personal po-
sible, y no como acostumbrada en los términos expues-
tos.

Centrándose sin embargo el juicio de valoración de
la capacidad y aptitud del sujeto en su propia per-
sona, se resultan grandes dificultades probatorias
con respecto a la diligencia subjetiva-personal (1);
la finalidad tendente a indagar la verdadera apti-
tud y capacidad del sujeto, viene en la práctica -
enormemente dificultada y recortada. Además, la --
verdadera apreciación de la diligencia subjetiva,
solo se dejaría justificar desde un punto de vista

teórico, no sin embargo, con los mismos efectos, - desde una perspectiva práctica, por cuanto se piensa que nadie puede ser objeto de medición o valoración consigo mismo.

Partiendo de la libertad humana, como motor de autodeterminación de la propia actividad de la persona, se hace muy difícil poder saber, si el obligado pudo efectivamente haber obrado de otra manera, cuando el criterio comparativo de su actuación va referido precisamente a su persona. Aparece en efecto y siempre la duda, sobre si la persona en con- - creto, en una situación y circunstancias determinadas, fué realmente capaz de utilizar su propia libertad, de tal manera que, de hecho, hubiera podido actuar de otra manera distinta, a la que real--mente ha obrado (2).

La dificultad de prueba, así como la propia de la medición de la persona consigo mismo no son en el fondo sino exponentes de la falta de protección a la seguridad y confianza en el tráfico jurídico, - que una aplicación pura y estricta de la subjetividad conlleva. Desde esta perspectiva se vería en - efecto falta de sentido cualquier deber jurídico - tendente a imponer al obligado una conducta o prestación determinada, por cuanto que este, quedaría solamente obligado a lo que de todos modos hiciera, renunciando así a averiguar, si esa determinada persona, en esa concreta situación, hubiera podido - - efectivamente comportarse o actuar de otra manera.

Si esto fuera así, estaríamos sentando las bases, tendentes a admitir el hecho de que al nacer una -

obligación jurídica, no hubiese posibilidad material de contravención del derecho; se ignoraría - la proyección material del contenido obligacional al tiempo de la contratación, asignándose una interpretación fuertemente personalista a la voluntad contractual de las partes, quedando así en -- cierto modo al arbitrio del obligado, el cumpli-- miento de las líneas básicas de la obligación, lo que claramente contradice al tenor del art.1256 - del CC.

Ni el ordenamiento jurídico ni el acreedor pueden mostrarse satisfechos ante conclusión semejante. - Es necesario por consiguiente el establecimiento de un cierto control de la subjetividad, que sólo puede venir proporcionado, recurriendo a la propia objetividad (3), siendo el empleo de esta, la que debe fijar en lo posible los límites de la admisibilidad de la diligencia subjetiva-personal. Esto lleva a contemplar un proceso de abstracción en la conducta del obligado al tener presente la objetividad, al lado de la propia subjetividad.

El control objetivo de la conducta subjetiva, proporciona así una medida de valoración, en orden a garantizar la confianza y seguridad en el tráfico jurídico, sin que por ello se abandone la consideración a la propia personalidad e individualidad - del sujeto (4).

(1) v. STOLL. Das Handeln auf eigene Gefahr. 1961. pág 295. WAHL. Grundgragen. pág. 28.

- (2) v.NOWAKOWSKI. Festschrift Rittler. Págs. 73 y ss. ENGISCHE Untersuchungen. cit. págs. 436 y ss.
- (3) Una valoración de conducta, conlleva en mayor o menor grado, pero siempre necesariamente, al empleo de elementos de juicio de carácter abstracto-objetivo (v. en este sentido KAUFMANN A. Das Schuldorinzip. 1961. págs. 239. SCHREIER. Schuld und Unrecht 1935. págs. 17 y ss.).
- (4) Ejemplo recogido expresamente en la ley, que manifiesta el control objetivo a la diligencia -- subjetiva, lo encontramos en el parágrafo 277 -- del BGB, al indicar este precepto, que la sola existencia de la diligencia quam suis, no exonera al obligado de responsabilidad, originada -- por negligencia grave. La llamada a la gravedad dentro de la esfera de la subjetividad, lo que no fue ya extraño al derecho histórico, significa ante todo, que faltas o descuidos, aún encontrando protección en la propia subjetividad, -- van a ser consideradas no obstante negligentes, en cuanto exceden en gran medida de la diligencia exigida y esperada de manera normal, en una relación jurídica determinada, (v. ERMANN. BGB Kommentar. cit. pág. 611. ESSER. Schuldrecht I. cit. págs. 251-252), sobre todo lo que se volverá más adelante.

3. LA FALTA DE DILIGENCIA. EFECTOS Y CONSECUENCIAS JURIDICAS.

I. La negligencia.

1. Negligencia subjetiva.

La doctrina subjetiva admite en efecto no sólo la -- existencia, sino incluso puede decirse que también -- la necesidad de unas exigencias objetivas de conducta de aplicación general; nacidas bien de la naturaleza de la relación obligatoria, bien por imperativo de la ley, o bien de la propia concepción general del tráfico jurídico, lo que equivale a hablar de la costumbre como norma social por todos aceptada y observada (1).

Hasta aquí la interpretación subjetiva y objetiva de la diligencia discurre por caminos en cierto modo paralelos; cuando surgen las discrepancias es precisamente en el momento de realizar el juicio de valor -- sobre la negligencia del obligado por cuanto que a -- diferencia de la postura objetiva, contempla aquella la subjetiva bajo una interpretación amplia que permite el juego conjunto de la dualidad interna y externa en que la diligencia se manifiesta.

El tratamiento primordialmente objetivo que los ordenamientos jurídicos han hecho de la falta de diligencia, bien como determinante de culpa o negligencia, caso de inobservancia de aquella, sin hacer distinción alguna entre ambos términos (2), bien como constitutiva de negligencia sin más, no mencionando para nada el término culpa (3), provocó la reacción de la doctrina subjetiva, tachando de insuficiente e imperfecta, una tal utilización del término negligencia, que pretende escapar en cierto modo penales de la -- culpa, y que de ninguna manera agota totalmente su -- concepto (4).

Elemento esencial pues para la estimación de la negligencia en la doctrina subjetiva lo constituye la culpabilidad; la actuación del sujeto tiene que haber sido culpable; de esta manera la no observancia de la diligencia objetiva, no se identifica sin más con la negligencia. Para que surja esta es necesario además la existencia de culpabilidad subjetiva, la cual no puede venir en esencia juzgada ni valorada en base a criterios objetivos. La remisión en mayor o menor -- grado a los criterios penales de la culpa, coloca así a la negligencia en una doble variante que de cualquier forma no escapa al exámen de la culpabilidad en el sujeto.

La referencia a esta culpabilidad lleva en sí implícito la reprochabilidad como elemento constitutivo de aquella; la culpa tiene necesariamente que basarse en la conducta reprochable del sujeto (5), haciéndose necesario por tanto el poder reprocharle a este, el que no se haya conducido diligentemente. Presupuesto de este reproche consiste en que este, desde la perspectiva de su individualidad, conforme a su aptitud y capacidad personal, hubiera podido portarse diligentemente.

Bajo el ángulo de la negligencia individual, no hay pues que responder por la no consecución de la esperada conducta standarizada. Vendría a constituir así la negligencia, aquella violación reprochable de la diligencia exigible, que conforme a la individual capacidad y aptitud del sujeto, hubiera podido evitarse (6).

(1) Por todos. NIPPERDEY. NJW.1957.cit.págs.cit.

(2) Así nuestro CC art.1 04.1.

(3) Parágrafo 276 del BGB.

(4) Una negligencia así considerada, representa para SIBER, un mero fragmento de la concepción global y unitaria de la misma. (Schuldrecht.ob.cit.págs.cit.) Semejante NIPPERDEY, para quién una negligencia así entendida, camina más por el sendero de la antijuridicidad de actividades no dolosas, que por el de la propia culpa. (en NJW cit.págs.cit.).

(5) LEONHARD. Fahrlässigkeit.cit.pág.44. v.asimismo BRODMANN.Acp.99.cit.

- (6) ZITELMANN. Das Recht des BGB.cit.pág.158. Para - NIPPERDEY, resulta incomprensible considerar como constitutiva de culpa, una conducta no adecuada - objetivamente a las exigencias del tráfico (en -- NJW.1957.cit.págs.cit.).

2. Negligencia objetiva.

Al contrario de la doctrina subjetiva, parte la objetiva de una interpretación estricta y no amplia de la negligencia que le lleva a tomar como único punto de referencia, una de las dos manifestaciones fundamentales de la diligencia: su vertiente externa, surgiendo de esta manera la negligencia, cuando aquella no ha sido cumplida. La omisión o el descuido de la diligencia - externa, es suficiente por regla general, para afir-- mar la negligencia en el comportamiento del obligado, limitándose así la negligencia objetiva a fijar la -- acción del sujeto como contraria u opuesta a la norma, sin atender al reproche personal de su conducta (1).

El hecho de que la conducta externa del sujeto en base a la protección, a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico, debe garantizar el satisfactorio cumplimiento de la obligación, constituye el fundamento de - considerar la negligencia como primordialmente objetiva (2). Se obra por tanto negligentemente, cuando no hace acto de aparición la necesaria aptitud o capacidad en el sujeto, para cumplir la obligación de la manera que esta requiere, o cuando no se alcanza el grado de diligencia standard esperado (3).

La negligencia interpretada objetivamente, surge por consiguiente, siempre que se sesione el criterio abs-

tracto de conducta que en su caso sea: bien porque -- no se haga aquello, que conforme a la naturaleza de la obligación haría un buen padre de familia (4), -- bien porque se incumpla aquella diligencia esperada y exigida con carácter general en un concreto círculo del tráfico jurídico (5), bien porque en definitiva ocurra una "desviación de la línea de conducta -- del hombre medio en aquella concreta circunstancia -- de hecho" (6).

En cualquier caso, prima la objetividad en el juicio de valoración de la negligencia, lo que, por regla general y según la interpretación mayoritaria doctrinal se corresponde claramente con la intención del legislador (7).

La preponderancia de la postura objetiva y no la subjetiva sobre la negligencia ha llevado, sobre la base de un fundamento económico, a contemplar la culpa civil, como noción diferenciada de la denominada culpa penal.

El derecho civil, no considera en primer plano la persona del que ha incumplido, sino por el contrario, -- las consecuencias de su incumplimiento, o más exactamente expresado, el reparto adecuado de los resultados dañosos ocasionados por este, consistiendo así la finalidad primaria y principal de la culpa civil en la reparación del perjuicio causado (8).

La consideración de la negligencia objetiva como regla trata de restablecer el equilibrio patrimonial surgido del incumplimiento (9). Una rigurosa visión de la

CC italiano art.1176), por cuanto este contiene y menciona un criterio que por su tradición, no cabe formular duda alguna respecto a su objetividad: el buen padre de familia.

(8) v. BRIZ. RDP. cit. pág. 637.

(9) v. PIROVANO. Faute civile. cit. pág. 99.

(10) En este sentido LARENZ (Lehrbuch... I. cit. págs. 212 y ss.) Semejante ESSER, quien señala, que el empleo de criterios penales en el campo civil, dejaría sin una adecuada reparación aquellas violaciones jurídicas, no reprochables sin embargo al - - obligado desde el mero plano subjetivo. (Schuldrecht... ob. cit. págs. 248 y ss).

II. La responsabilidad. Su conexión con la negligencia

1. El principio de causalidad entre culpa y responsabilidad.

Originándose la negligencia en base a cualesquiera argumentos objetivos o subjetivos que queramos asignarle, lo cierto es que el ordenamiento jurídico pronuncia siempre su juicio de valor: el sujeto se verá obligado a responder de las consecuencias dañosas surgidas del incumplimiento de la obligación. La actuación negligente del obligado, determina su responsabilidad.

El principio de causalidad entre culpa y responsabilidad, se encuentra contenido y afirmado en nuestro derecho positivo (1), relacionado asimismo con el arbitrio judicial del art. 1103 CC, que no supone el dejar sin efecto la virtualidad del binomio culpa-responsabilidad, pues el propio tenor literal del precepto, faculta a los tribunales según

los casos, a "moderar", no empero "a suprimir" la responsabilidad (2). Por otra parte, la facultad de moderar la responsabilidad concedida a los tribunales, no es completamente discrecional, pues - la propia mención del precepto "según los casos", significa el hacer una remisión en cada supuesto a la normativa legal (3).

Altamente polémico y discutido se muestra sin embargo el principio de causalidad en aquellos supuestos enmarcados en la esfera extra-contractual que por sus especiales características y circunstancias, se piensa que el sujeto viene obligado a reparar el daño causado, incluso no habiendo actuado negligentemente, encontrándose así ante la denominada responsabilidad objetiva o sin culpa"(4)

No pretendiéndose aquí resolver tal polémica (5), sino solamente el indicar algunas consideraciones de nuestro interés, se debe afirmar sin duda alguna en el ámbito extracontractual, la existencia - de una mayor objetivación en las exigencias de conducta al sujeto, que en el propio contractual. Culpa contractual y extracontractual, vendría así diferenciada por un criterio cuantitativo o de grado con respecto a la diligencia debida. La diligencia exigible sería en todo caso aquella del -- art. 1104 del CC. Con esto se adopta un criterio intermedio de carácter conciliador, prudentemente seguido en muchas resoluciones jurisprudenciales y un sector de nuestra doctrina (6), independientemente de la etiqueta jurídica que queramos ponerle a la actuación del sujeto (7), que va a ser de gran utilidad para el exámen de la diligencia

del trabajador en especial en aquellos supuestos en los que con motivo de la ejecución de su trabajo, entra en contacto de alguna manera con riesgos sociales, en cierto modo ajenos o extraños, a las líneas principales-básicas de la ejecución de su prestación, que derivándose originariamente de la existencia y cumplimiento de un --contrario, harán entrar asimismo a la responsabilidad --por daños en un régimen de especialidad (8).

- (1) Fundamentalmente en el art.1101 CC. Semejante el --BGB alemán, en su parágrafo 276 y el ZGB de la DDR en su parágrafo 333-(1) a "contrario sensu".
- (2) MANRESA.ob.cit.tom.VIII vol.I.págs.229 y ss. PUIG BRUTAU.ob.cit.tom.I.vol.II.pág.418 (sobre relaciones de causalidad entre culpa y responsabilidad,v. LLUIS y NAVAS. La responsabilidad laboral penal y civil por faltas de adopción de medidas de prevención de accidentes de trabajo. Barcelona 1969.págs. 353; en el derecho alemán, v.PETER HANAU. Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Göttingen 1971 págs. 15-16 y 109. El art. 43.1. del código suizo de las obligaciones, remite a la valoración discrecional --del juez, la determinación cuantitativa del daño a resarcir. La valoración debe tener presente tanto --las circunstancias concretas del caso, como la gravedad de la culpa. BRIZ señala, que "la graduación de la diligencia omitida, puede servir no para fundamentar la responsabilidad del deudor, sino la cuantía de ella " (La Responsabilidad.ob.cit.pág.51). WILBURG, trata el problema de la negligencia, bajo el prisma de una escala móvil de responsabilidad, determinada conforme a las apreciaciones del tribunal según las circunstancias del caso concreto (Die Elemente des Schadensrechts. Marburg.1941.p.53 y ss.y 283 y ss).
- (3) Así MANRESA, ob.cit.tom.VIII.vol.I.pág.236. En este sentido también la STS 3 abril 1940.v.DE LOS MOZOS. ob.cit.pág.54.

- (4) También identificada, como indica ROGEL VIDE, con las acepciones, "de responsabilidad a la reparación", "del causante del daño al daño causado". - (ob.cit.págs.25-26).
- (5) Discutido es si la culpa o negligencia del art.1104 CC, se aplica sólo a las "consecuencias de la infracción de una relación contractual preexistente" (culpa contractual), o bien y además de esto, a aquellas "derivadas de un evento dañoso, no articulado en el cumplimiento de un contrato"-culpa extracontractual (así las conceptúa BRIZ, RDP cit. - pág.615). En el fondo de la controversia subyace la afirmación o negación de la existencia de la noción de culpa o negligencia sólo para su aplicación al ámbito contractual.
- (6) La jurisprudencia ha hecho uso en multitud de supuestos del art.1104 CC, no sólo en el campo contractual sino también en el extracontractual: (v.Rogel Vide pág.43). Ya la STS 14 diciembre 1894, había manifestado la aplicabilidad general a toda clase de obligaciones -por lo tanto también a las nacidas de la culpa extracontractual- de los preceptos 1101,1102 y 1104 del CC, que de esta manera no se contradicen con los arts.1902 y 1903, del mismo cuerpo legal. La jurisprudencia posterior no ha renunciado, sino por el contrario mantenido este criterio. El art.1104, si bien creado para aquellos supuestos que contemplan la culpa contractual, es aplicable a todo género de obligaciones (STS 14 diciembre 1948 y 23 diciembre 1952). Los arts.1101 y 1902 del CC que sancionan respectivamente la culpa contractual y la extracontractual, responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora (STS 24 marzo 1952; en sentido semejante 15 abril 1954, y 30 junio 1959; las de 30 junio 1959 y 7 enero 1960, han aplicado los principios de la culpa contractual a la responsabilidad extracontractual). Significativa, la STS 14 octubre 1961 -- (v.también, las de 13 junio y 18 junio 1962), en la que se señala que la culpa o negligencia del art. 1902 del CC, consiste en la omisión de la diligencia que corresponda a la naturaleza del caso y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Nótese la remisión clara y expresa a la noción de culpa o negligencia del art.1104 CC.(v.las STS 17 noviembre 1973; 7 junio 1971, entre otras, recogidas por ROGEL VIDE ob.cit.pág.54). Por lo que res-

pecta a la doctrina, frente a los sectores que hablan para la esfera contractual de una "responsabilidad sin culpa", o de una "responsabilidad objetiva o por riesgo", (así entre otros COSSIO ADC.1966 págs.527 y ss. GARCIA AMIGO. Cláusulas limitativas.. ob.cit.págs.82 y 83. RIPERT. Le régime démocratique et le droit civil moderae. París 1948.págs.336 y ss), mantienen otros la general aplicabilidad de la noción de culpa o negligencia del art.1104 CC. - Así para J.MENENDEZ PIDAL, no está en desarmonía - con la mencionada en el art.1902 (RDP. Madrid.julio-a osto 1947). MANRESA (ob. it.tom.VIII.vol.I.pág.222) distingue la culpa contractual de la extracontractual, "según el origen y la naturaleza de ese derecho (derecho lesionado que obliga a su reparación)y la lesión con que tal lesión se infiera"; refiriendo no obstante una y otra a la falta de la debida diligencia, indicando además (pág.223), que las diferencias existentes "no destruyen la unidad del -- concepto común que en ellas hay. Que los caracteres esenciales de la culpa subsisten en una y otra especie es indudable" (v.también págs.175 y ss,188 y ss. y 237-238). CASTAN observa asimismo diferencias entre una y otra clase de culpa (ob.cit.tom.I.vol.II.págs.611 y ss), si bien reconoce (pág.612), que "la doctrina científica actual, siguiendo la -- dirección alemana, tiende, sin embargo a subestimar las diferencias entre ambas clases de culpa y a construir una teoría unitaria de la reparación -- de los daños" (v. las consideraciones de ROGEL VIDE ob.cit.págs.41 y ss.).

- (7) No cumpliéndose aquello que era debido en el tráfico, se obra en efecto de manera negligente, porque no se observa aquello que requería la naturaleza -- del caso. El que se diga que no se trata de una -- falta de diligencia, sino que el comportamiento -- del sujeto resultó socialmente dañoso, porque este no observó la debida actitud u orientación de conducta, frente a valores o bienes ajenos objeto de protección jurídica (BRIZ. La Responsabilidad..... ob.cit.pág. 1), constituye a nuestro juicio un problema en el fondo meramente terminológico, en esencia referido solamente a la medida o grado de diligencia a observar; hablar en la esfera extracontractual de responsabilidad "sin culpa" equivale -- en definitiva a colocar la diligencia exigible al sujeto e una proyección objetiva más fuerte que -- en el ámbito contractual (así indica ROGEL VIDE --

que la culpa de que habla el art.1902 CC "habrá - de entenderse en un sentido muy amplio comprendiendo...incluso a la culpa levísima", ob.cit.pág.90), lo que coincide con las afirmaciones de la jurisprudencia (STS 30 junio 1959, 5 abril 1963, 15 junio 1967, entre otras recogidas por GUILLON BALLESTEROS. Curso de Derecho Civil. Madrid.1968.pág. -- 475): "no basta el cumplimiento de las disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, ya que cuando no han ofrecido resultados positivos se revela la insuficiencia de las mismas, y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia"; así como la necesidad de un "mayor rigor en la apreciación e interpretación del art.1104 del CC" (v.ROGEL VIDE..cit.págs.95 y ss. - así como las STS 30 abril 1968; 11 marzo 1971; 8 febrero; 30 abril; 25 octubre; 17 noviembre; 19 noviembre, todas de 1973 y 28 junio 1974, que recoge y analiza el citado autor en págs.102-110).

La doctrina que argumenta la no utilidad de la teoría de la culpa para el ámbito extracontractual -- (sobre esto, puede verse COSSIO y RIPERT ob.cit.), hablan precisamente de que no se trata en el ámbito civil de "imputar" el resultado dañoso a una persona, refiriéndose incluso siempre al término "culpa", no sin embargo al de "negligencia", todo lo que parece apuntar más a consideraciones terminológicas subjetivas, que a las propiamente objetivas. En sentido semejante se ha manifestado el TS, al hablar de culpa y no de negligencia (así ya la st.12 enero 1928) : "...porque es responsabilidad en derecho civil toda obligación de satisfacer por quién lo deba a otra persona, cualquier pérdida o daño -- que se hubiera causado aún sin mediar culpa... a un tercero porque así lo exija la obligación originaria prevista en las estipulaciones del contrato...": (v.también la STS más reciente de 17 noviembre 1973 que recoge ROGEL VIDE ob.cit.pág.54). La idea de -- responsabilidad sin culpa puede encontrarse también en el 1105 del CC del que se puede resultar la responsabilidad, excepcionalmente en aquellos supuestos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, cuando así lo mencione expresamente la ley o bien lo declare la obligación -- (v.GARCIA AMIGO. Cláusulas limitativas...cit.pág.80 y ROGEL VIDE ob.cit.págs.43-44 y 78 y ss. Esto supone también en el fondo afirmar el principio de causalidad entre culpa y responsabilidad, si pensamos -

que esta y aquella también pueden surgir de la --
asunción inicial de la culpabilidad por el suje-
to al tiempo de nacer la obligación, lo que tam-
bién parece dar a entender los propios términos
en los que se expresa el TS en la sentencia an--
tes mencionada: "...por quién lo deba a otra per-
sona"; porque así lo exija la obligación origina-
ria prevista en las estipulaciones del contrato.."

- (8) Existiendo un vínculo contractual, la responsabi-
lidad por daños, originada del incumplimiento de
las obligaciones derivadas del contrato por falta
de diligencia se adecua por los cauces de las --
normas contractuales y no por los más rígidos del
art.1902 y concordantes, sancionador del princi--
pio "neminem laedere" en este sentido S.BRIZ RDP.
cit.pág.617; v.ROGEL VIDE ob.cit.págs.28,41 y 42.

2. Exoneración y exigibilidad.

Especial interés tiene el poder excusar al deudor
de la medida de la diligencia exigible, sobre to-
do en lo que hace referencia a los límites de una
tal posibilidad de exoneración. Nuestro CC señala
en su art.1102 que la responsabilidad procedente
del dolo es exigible en toda clase de obligacio--
nes, y que la renuncia de la acción para hacerla
efectiva es nula.

Se puede pensar así, a "contrario sensu" del art.
1102 CC, que la sola culpa o negligencia puede ex
cusarse al deudor, lo que equivale a decir en --
otras palabras, que el obligado puede ser exonera
do de prestar la diligencia general exigible en --
una determinada obligación no respondiendo en con
secuencia de su inobservancia.

El problema sin embargo se plantea en aquellos su
puestos de incumplimiento grave, por haber inobse

vado en gran medida el deudor, la diligencia exigible, lo que ha venido denominándose como supuestos constitutivos de negligencia grave (1). No reflejando nuestro CC la clasificación tripartita de la culpa romana como se vió, parece ya quedar desvirtuada la jurisprudencia anterior al CC, que equiparando la culpa lata al dolo, señalaba, que "no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla" (2).

Por otra parte si se piensa que las partes, y a pesar del silencio del código, pueden graduar la culpa, porque en definitiva pueden fijar la diligencia que el deudor se comprometa a prestar para cumplir la obligación asumida, ha de negarse consecuentemente el poder excusar al deudor de toda culpa, por cuanto que esto equivaldría en realidad a dejar el cumplimiento de la obligación a voluntad del deudor, lo que iría contra lo dispuesto en el art.1256 del CC, no estando este obligado a responder "ni de la más elemental diligencia" (3), lo que, caso de ocurrir, pondría ya en entredicho la propia existencia de la obligación (4).

Si y cuando el deudor pueda ser exonerado de responsabilidad por negligencia grave, es una cuestión que debe quedar aquí meramente señalada y esbozada en los términos expuestos, por cuanto su tratamiento se verá posteriormente con más detenimiento dentro ya de la propia dinámica de la relación de trabajo.

- (1) Paralelo discurre el problema en el derecho alemán (parágrafo 276.2.BGB), trasplantado con posterioridad al campo del derecho del trabajo, lo que veremos con posterioridad.
- (2) STS 2 julio 1875. MANRESA, para quién el silencio - expresivo de la ley, al lado de la declaración expresa que sobre el dolo se contiene en el art.1102 CC, admitiendo que la expresión "igualmente" del -- art.1103 pueda ser origen de dudas, señala no obstante, que cabe exonerar al deudor de toda culpa, - por extremada que sea, siempre que no deje de ser - tal culpa, y se convierta en dolo (ob.cit.tom.VIII. vol.I.pág.236).
- (3) Así PUIG BRUTAU, quien obviamente está pensando, al igual que la jurisprudencia anterior al Código, en que no se puede excusar al deudor, de aquellos incumplimientos que por su especial índole puedan ser constitutivos de una u otra manera, de negligencia grave. (ob.cit.tom.I.vol.II.pág.437). Semejante, la línea seguida en el código de las obligaciones suizo, que en su art.100 dispone la renuncia ineficaz de la acción, cuando aquella vaya referida a la culpa grave. Nuestra jurisprudencia en algunas sentencias aisladas (así por ejemplo la de 25 de enero 1965) admite graduaciones de la culpa.
- (4) Por cuanto la diligencia es "configuración del contenido que deberá ser considerado propio de la obligación constituida" (PUIG BRUTAU ob.cit.págs.cit. La - jurisprudencia inglesa, al no utilizar la graduación de la culpa o negligencia, se vale de determinados - principios o reglas en orden a restringir la operatividad de ciertas cláusulas limitativas de la responsabilidad del obligado. Así, utiliza los principios de la "four corners rules" o el del "fundamental - - breach" que deja sin validez la cláusula exoneratoria de la responsabilidad, al incumplir aquel su - - obligación fundamental. (ANSON: "Law of contracts". Oxford.1959.págs.156 y ss. en GARCIA AMIGO. Las cláusulas limitativas.cit.pág.157.nota 1.).

4. JUICIO CRITICO.

I. Primacía y límites de la objetividad.

Las diversas construcciones de la diligencia elaboradas por la dogmática jurídica con carácter general-

objetivo, partiendo de planteamientos legales diferentes en la forma, pero semejantes en el fondo (1), constituyen ciertamente puntos de orientación valiosos para la tarea valorativa del juez. No son sin embargo -- una guía inequívoca o perfecta; tal objetivo se resulta de imposible, o cuando menos, de muy difícil alcance (2).

A pesar de tales dificultades, el empleo de una valoración general-objetiva de la diligencia se revela para la gran mayoría de la doctrina, como la más adecuada e idónea para cubrir las necesidades de la práctica al proteger la confianza y seguridad en el tráfico jurídico, - manteniendo así la virtualidad del principio "pacta sunt servanda", y sirviendo además de instrumento económico - determinante de la responsabilidad del obligado tendente a reparar el daño causado; todo lo cual, no viene a ser sino reflejo de la necesidad del derecho de dirigirse a todos, como norma de alcance general, de donde ha surgido esta tendencia a la objetivación, abstracción o tipificación, de tan patente manifestación, que realmente no se ve necesitada de ningún otro apoyo o justificación - para afirmar su protagonismo.

Ahora bien, la afirmación de la primacía de la objetividad, no resuelve por sí sola el problema de su alcance y extensión, el relativo a establecer unos límites razonables a la objetividad, evitando así una peligrosa abstracción, que haría inútiles las notas de la flexibilidad y elasticidad de la diligencia como noción permanentemente revisable, colocando así al obligado en una situación fuertemente gravosa, que no se dejaría entender del todo con una razonable interpretación de las obligaciones por él asumidas.

Afirmar que el "exigir de más es una tiranía que se quiere imponer al que entra como deudor en una relación obligatoria" (3) es sin duda no sólo acertado, sino que además debe permanecer indiscutido. La cuestión que sirve de apoyo a la afirmación anterior, debe centrarse sin embargo en el difícil problema (4) de poder saber o determinar, cuando efectivamente se le esté exigiendo "de más" al deudor.

El límite máximo de la objetividad debe venir orientado por la capacidad humana general. Aquello que nadie puede ejecutar o evitar, no puede ser contemplado como contenido de un deber jurídico. En el derecho, inversamente a lo que ocurre en la esfera de la moral, se manifiesta la posibilidad como presupuesto indispensable para la existencia de un deber jurídico. Este, no concebible sino en base a aquella (5) puede así solamente pedir o prohibir, lo que cualquier persona podría ejecutar, evitar u omitir (6).

Es así como el límite a la objetividad se pone en relación con la posibilidad de la prestación, pretendiéndose en definitiva señalar o determinar aquello que en ningún caso puede ser considerado como conducta objetivamente posible (7). Lo contrario, es decir, aquello en lo que pueda consistir una conducta objetivamente posible, lo que en definitiva marcaría el límite a la "exigencia de más" al deudor, se resulta en la práctica de imposible determinación exacta con carácter general.

No obstante tales dificultades, y de modo semejante a lo que sucede en el ámbito de la subjetividad, donde se determina la diligencia exigible según la propia aptitud -

y capacidad del sujeto; también en la objetividad frente a aquella diligencia que debe prestar la generalidad de las personas, se coloca como punto de orientación y referencia, una aptitud y capacidad social de carácter general (8).

Límite a la objetividad a seguir de modo ordinario o con carácter general, es el ya visto de la diligencia que como hombre sensato y razonable observa un buen padre de familia, conforme a la naturaleza de la obligación asumida.

Cómo deba interpretarse este criterio en una situación dada o cuando deba quedar inaplicado total o parcialmente, debiendo recurrirse a otros objetivos o incluso subjetivos, es una cuestión a examinar y determinar caso por caso, según el contenido obligacional asumido, a través del arbitrio judicial, haciendo así verdaderamente efectivas las notas de flexibilidad y elasticidad de la diligencia, como noción permanentemente revisable.

Bajo tales consideraciones, la afirmación de que el acreedor no puede concebir mayores expectativas en el cumplimiento de la obligación que rebasen aquel esfuerzo que el deudor realice con el empleo de la diligencia de un buen padre de familia (9), sólo puede tener aplicación con carácter general, porque en definitiva nada dice sobre la relación entre la diligencia debida y el contenido de la prestación asumida, por cuanto que aún obrando el deudor diligentemente dentro ya de la propia dinámica de la relación obligatoria, puede no obstante, haber obrado negligentemente al tiempo de iniciarse aquella, por haber prometido una determinada prestación, que luego no se ha cumplido satisfactoriamente, cortando así -

las fundadas expectativas del acreedor.

De otra parte no se encuentra tampoco solución adecuada acerca de la aptitud y capacidad personal del deudor como determinante del contenido de su débito, precisamente cuando aquella supera las exigencias de la diligencia de un buen padre de familia.

Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos, en los que existiendo una diligencia subjetiva, que excede a la -- que de manera normal se exige para el cumplimiento de -- una determinada obligación, venga el sujeto obligado -- efectivamente a emplearla, o por el contrario deba sólo observar aquella otra que aún cumpliendo "formalmente" la obligación asumida, no satisface sin embargo el interés del acreedor, no cumpliendo así "realmente" la obligación.

La cuestión planteada, cuya transcendencia se va a notar en el ámbito de la diligencia del trabajador, no puede -- encontrar más solución que aquella derivada del supuesto concreto, atendiendo tanto a la propia naturaleza de la obligación asumida, como a la ponderación del interés -- de las partes, sujetos de la relación obligatoria; de -- manera que se pueda entender que "cumpliéndose" aquella, se ha satisfecho asimismo el interés de la otra parte -- (10).

-
- (1) La interpretación objetiva de la diligencia en atención a la diversidad de fórmulas legales contenidas en los ordenamientos jurídicos civiles, llegan en -- el fondo a los mismos efectos y consecuencias jurídicas. Nuestro CC, al igual que el italiano o el BGB alemán, no contiene una definición directa de lo que

deba entenderse por diligencia, sino por contra una formulación indirecta o negativa de la misma, a través de una concepción imprecisa de la noción de negligencia; surgiendo así en estos ordenamientos, bien que con formulaciones externas distintas, problemas paralelos sobre la interpretación de la diligencia exigible. En efecto, los criterios adoptados tanto en el derecho español (art.1104 CC), como en el alemán (parágrafo 276 BGB), sobre la medida de la diligencia, si bien utilizan formulaciones diferentes (aquel la diligencia de un buen padre de familia conforme a la naturaleza de la obligación, este, la diligencia debida en el tráfico), desembocan esencialmente en la práctica en los mismos resultados. La medida de la diligencia exigible, conforme a aquella -estándar del grupo correspondiente a las distintas esferas del tráfico jurídico, es sin duda teóricamente posible y prácticamente ejecutable. Sin embargo -esto no viene en el fondo a expresar, sino con otras palabra, el criterio elástico y flexible de la diligencia del buen padre de familia según las distintas clases de obligaciones en los términos vistos. El --BGB con un criterio aparentemente más objetivo que -el formulado en nuestro CC, ha llegado prácticamente a las mismas consecuencias (CASTAN.ob.cit.tom.III.Madrid 1967.pág.169.cit.n.2.), no representando así --progreso apreciable con respecto al criterio romano del bonus pater familias (PREDELLA.ob.cit.pág.136, -semejante WENDT, en Acp cit.págs.429 y ss. MAYER-MALY Acp cit.pág.119).

- (2) La difícil tarea de ahondar en la naturaleza humana, indica BARASSI, muestra ya la imposibilidad de construir la diligencia como regla fija, lo que no obstante, no da razón a GIORGI para afirmar que la teoría de la diligencia y culpa leve, carezca de relevancia científica. (La teoría...cit.vol.III.pág.31).
- (3) Así BARASSI. La teoría...cit.vol.III.pág.33.
- (4) "Cuando la obligación no se cumple de la manera normal o proyectada, es cuando surge ese auténtico enigma que consiste en precisar qué es lo debido" (PUIG BRUTAU.ob.cit.tom.II.pág.423).
- (5) Así BETTI. Teoría General...ob.cit.págs.48, 270-271.
- (6) Lo ilícito -señala HARDWIG- tiene lugar cuando ha sido violada una norma, que cualquier otro hubiere podido evitar. Lo que a cualquier persona normal le resul

ta imposible de evitar, ni viola ningún deber, ni es antijurídico. (Die Zurechnung.ob.cit.pág.124).

- (7) La propia realidad jurídica debe mostrar por tanto que la prestación es posible, de lo contrario puede quedar liberado el deudor de la misma (art. 1184 CC). De afirmar es por tanto la máxima "impossibilium nulla obligatio est", conexionándose al igual que en derecho histórico (PAULO.D.28.5.1.1.: secundum quod possibile est; VENULO.D.45.1.137.4. v.asimismo - - - WOLLSCHLAEGER. Die Entstehung der Unmöglichkeit^{le}hre 1970.págs.13 y ss.), en primer término con una objetiividad adecuada a las exigencias de un tráfico juríico humano, normal y razonable (lo que no impide re--conducirla sin embargo al ámbito de la subjetividad, cuando las circunstancias del caso lo requieran, en cuanto que si el derecho sólo puede obligar hasta el límite de lo posible, así se pone esto en estrecha -conexión con el grado máximo de la aptitud, como límite a lo que uno se puede obligar, independientemente de si se trata en cada caso, de la aptitud o capacidad de un solo sujeto, o de cualquier criterio o -medida abstracta de conducta): la propia naturaleza de la obligación establece un límite o freno a la objetividad de la diligencia: su propia posibilidad general de realización. La esencia misma de la obligación por imperativo del art.1272 CC, no permite establecer exigencias que nadie pueda observar. Rebasada esta frontera máxima del campo de acción de la objetividad, se produciría automáticamente (art.1184 CC) la liberación del obligado al cumplimiento.
- (8) MAIHOFER. Festschrift.Rittler.1957.pág.153 (v.asimismo JUS 1963.cit.pág.168).
- (9) BARASSI. (La teoría.cit.tom.III.págs.15-16). En términos semejantes se expresaba la doctrina alemana, - antes del abandono por esta del criterio del diligente padre de familia. Así señalaba ya WAECHTER que -- "lo máximo a que una ley razonable nos puede obligar en una relación jurídica, es a la utilización de la diligencia que un cauteloso padre de familia está -- obligado a emplear" (Pandekten.I.cit.pág.447cit. por WIETHOELTER. Der Rechtsfertigungsgrund...cit.pág.25). Con la nueva fórmula de la diligencia debida en el tráfico acuñada en el BGB, se producen las mismas -- consecuencias: "... der Schuldner zur Leistung nur verpflichtet ist, soweit sie unter Anwendung der in Verkehr erforderlichen Sorgfalt erbracht werden kann". (así HORST. Unmöglichkeit...cit.pág.210).

- (10) v. MUENZBERG. Verhalten...cit.pág.359.DUNZ.NJW, pág. 510.

II. Tratamiento conjunto.

1. Su recepción en el ámbito civil.

Aún afirmado el carácter prioritario de la interpretación objetiva de la diligencia en el ámbito civil, no se muestra este sin embargo suficiente en muchos casos para la determinación de la negligencia. El -- que el obligado pudo haber obrado de otra manera, no pasa de ser en realidad un mero dato de hecho, que -- nada dice en principio sobre su estado anímico, lo -- que ha sentido o pensado, la causa de no haberse comportado de forma diferente, qué motivos le han conducido a obrar conforme lo ha hecho, etc. Circunstan--cias tales pueden determinar el que no siempre va a surgir la negligencia por el mero hecho de que el sujeto no se haya comportado de la manera esperada, -- sino que aquella va a indagarse asimismo en el porqué ha observado el sujeto un determinado comportamiento.

Objetividad y subjetividad no encuentran así un tratamiento completamente aislado o separado en la práctica, sino que por el contrario esta nos muestra frecuentes conexiones, resultándose que por lo menos en tales supuestos no sea del todo idóneo considerar el carácter objetivo y subjetivo de la diligencia como criterios contrapuestos e irreconciliables (1).

Surge así en el ámbito civil, junto a las interpretataciones objetivas y subjetivas de la diligencia, una

de carácter mixto o intermedio, que tratando de conciliar las dos anteriores, pondera para la indagación de la negligencia, tanto elementos objetivos - como subjetivos, intentándose de esta forma corregir los excesos que tal interpretación aislada de una u otra forma conlleva, potenciando un razonable y equitativo arbitrio judicial, al procurar al juez elementos de estimación y valoración deducidos tanto de consideraciones objetivas como subjetivas, y no - ni de unas ni de otras por separado (2).

Un sistema tal de valoración de la negligencia, flexible y elástico, deja entender el juego conjunto de los arts. 1103 y 1104 del CC, al adaptarse al afirmado carácter de la diligencia como noción permanentemente revisable, permitiendo así la construcción de la culpa o negligencia como noción relativa de manera que, y en base a las circunstancias propias del caso, se va a considerar negligente, la actuación o comportamiento de una persona, no sin embargo de otra aún en la misma situación (3).

Tales consideraciones no han sido sin embargo seguidas por la generalidad de la dogmática civilista. Sin negar en efecto el arbitrio judicial en el examen de la negligencia caso por caso, se ha seguido sin embargo afirmando, como regla, el carácter objetivo de la diligencia (4). Se considere la negligencia nacida - bien por la inobservancia de la diligencia externa, bien por la interna o por las dos en su conjunto, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia en base a las formulaciones legales se han ocupado en primer término del examen del comportamiento - externo del sujeto, para de aquí deducir el juicio -

- (1) v.WIETHOELTER. Der Rechtsfertigungsgrund...cit.págs. 21 y ss. HAFFERBURG. NJW cit.págs.cit. La propia dificultad práctica de distinguir las fronteras de la objetividad con las de la subjetividad -pues como indica BRIZ "no hay separación neta entre los métodos de apreciación abstracto y concreto"- (RDP.cit.pág. 639), puede aconsejar asimismo su consideración conjunta.
- (2) Las posturas intermedias sostienen por regla general una interpretación de la negligencia cuyo fundamento suele ser prioritariamente subjetivo. Sus argumentos de fondo descansan en mayor o menor grado, en la necesidad de acudir a la aplicación en primer término del principio de la culpabilidad, buscando la reprochabilidad en la conducta del sujeto (v.CAEMMERER. Karlsruher Forum.cit.págs.19 y ss. W.WILBURG. Die Elemente.. cit.págs.53 y ss y 283 y ss.) Junto a la subjetividad se contempla la objetividad sobre todo en aquel ámbito y relaciones jurídicas, en las que debe ser exigida una cierta garantía en la actividad del obligado. Surge así la negligencia cuando no se haya producido o quede inobservada la promesa de unas determinadas aptitudes y facultades para el cumplimiento de la obligación, surgiendo en estos casos la responsabilidad del obligado, por el mero hecho de quedar su aptitud personal por debajo de aquella prometida. (así - von CAEMMERER y WILBURG ob.cit.págs.cit.).
- (3) v.BRIZ. La Responsabilidad...cit.pág.67. Indica BARASSI, que la libertad judicial no constituye un verdadero peligro para la aplicación práctica del derecho. No hay pues que extrañarse, continúa el autor, de que para un mismo supuesto, adopten dos jueces dos criterios diversos y que por tanto, dándose los mismos presupuestos de hecho, pronuncien sentencias diferentes. (La Teoría...cit.vol.III.pág.31).
- (4) Si bien como vimos la dogmática civil afirma la flexibilidad y elasticidad de la diligencia, lo cierto es que lo hace desde el ángulo de la objetividad, no sin embargo conjuntamente con la subjetividad. Se desecha sin duda un modelo abstracto-ideal de conducta de ca-

rácter general, para adoptar un criterio objetivo según la naturaleza de cada obligación. Hay efectivamente elasticidad en la medida de la diligencia exigible, sin salirse empero de la objetividad. Otro tanto cabe decir del arbitrio judicial, porque si bien se abre ya una posibilidad a la consideración de la personalidad del sujeto, lo cierto es que ocurre esto sólo a modo de excepción, no dándose aquella en la mayoría de los supuestos. Se contempla efectivamente la diligencia como noción permanentemente revisable, sin prescindir no obstante de su carácter general-objetivo.

2. Tránsito a la diligencia laboral.

Sin perjuicio del desarrollo promenorizado de la diligencia del trabajador en la relación de trabajo, en la que en breve entraremos, se debe aquí ya indicar que, no obstante la línea general de interpretación objetiva desarrollada por la dogmática civil sobre la diligencia, su tratamiento conjunto en su proyección objetivo-subjetiva, se va a adecuar al carácter dinámico y vivo del Derecho del Trabajo, al permitir por vía interpretativa, una constante renovación y adaptación de la norma laboral a las circunstancias de cada caso, lo que va a ser de aplicación y utilidad para el juicio de valor de la negligencia del trabajador.

Su diligencia no va a venir así deducida exclusivamente, ni de la comparación con su propia personalidad, ni tampoco del solo recurso a la objetividad, sino por el contrario de una razonable conexión de ambos criterios de interpretación.

El reconocimiento en el ámbito civil de la subjetividad y su consiguiente aplicación, tuvo siempre -

como vimos carácter excepcional frente a la objetividad. Muchas de aquellas situaciones excepciona--les determinantes de la subjetividad, van a ser de aplicación ordinaria en el marco laboral, en primer plano, una de capital importancia, que sin embargo en el ámbito civil no estaba suficientemente desarrollada y reconocida, ni por consiguiente tampoco exigida: el hecho de que el acreedor "conozca" las cualidades y aptitudes personales del obligado.

La excepción ha pasado a ser regla por disposición expresa de la ley (art.60 de la LCT) en nuestro ordenamiento jurídico laboral. De aquí en adelante, no se va a tratar simplemente de "saber", como mero hecho casual, sino de "saber o conocer", como propio deber jurídico. La llamada a la subjetividad va a --resultar así necesaria para determinar lo debido de la diligencia del trabajador.

El reivindicar en el ámbito laboral la subjetividad junto a la objetividad, no obedece tan solo a una --mera imposición legal a la que nos debamos atener, sino a principios y criterios más profundos que el mero contenido legal de una norma, de los que el --Derecho del Trabajo, a diferencia del Derecho Civil, no puede en ningún momento prescindir, sin verse --afectado en su configuración esencial: la consideración del trabajo como "humano", y el carácter "personalísimo" de la prestación de trabajo, entendido tal carácter "en sentido jurídico estricto" (1).

Estas notas primordiales junto a otras que en breve veremos decisorias también para la diligencia del --trabajador, que informan la relación de trabajo, van

a tener por sí poder suficiente, para contemplar - la diligencia del trabajador también desde el plano de la subjetividad aunque el ordenamiento jurídico laboral no hiciera referencia expresa alguna al respecto (2).

Consecuentemente van a tener relevancia junto a la objetividad, los momentos individuales de la persona del trabajador, al hacerse necesaria también la indagación sobre la reprochabilidad de su conducta para la determinación de su culpabilidad (3); con lo que la negligencia va a venir también afectada - de una valoración conjunta que permita al juez, conforme a las circunstancias del supuesto concreto, la estimación tanto de elementos objetivos como subjetivos, en el comportamiento y actuación del trabajador.

Como deba entenderse el juego conjunto de la objetividad y subjetividad de la diligencia en la esfera del trabajador, es tarea, entre otras, cuyo tratamiento corresponde al siguiente capítulo de este trabajo. De resaltar es ya aquí, sin embargo, la importante función que el contrato de trabajo, como "institución central del Derecho del Trabajo" que es (4), va a tener en la determinación de la diligencia a observar por el trabajador, al constituirse en medio principal de interpretación de la diligencia exigible, y suponer asimismo un criterio utilísimo de ayuda a la función general del derecho, - en orden a delimitar hasta donde puede llegar en la imposición de deberes jurídicos, función que no es ajena al Derecho del Trabajo.

- (1) Así lo caracteriza textualmente ALONSO OLEA (Derecho del Trabajo.3 edic.pág.12). No se trata - por tanto de un deudor cualquiera, que deba restituir una determinada cantidad de dinero, o - de un vendedor que deba entregar una mercancía, sino que por el contrario, nos encontramos aquí, ante una determinada prestación de trabajo que debe cumplir no un trabajador cualquiera, sino un específico, concreto y determinado, lo que - obviamente no permite dejar inconsiderada la esfera de su personalidad.
- (2) Lo que en efecto ocurre en el derecho alemán, que no contiene precepto legal expreso, alguno. Esto no impide la consideración a la individualidad del trabajador, como ha venido afirmando la gran mayoría doctrinal, lo que veremos con posterioridad. La necesaria llamada a la subjetividad en - el ámbito laboral, encuentra además apoyo en la existencia de la figura jurídica de la ineptitud
- (3) Los obstáculos vistos a la subjetividad en lo - referente a la dificultad de su conocimiento o prueba, no operan con los mismos efectos en el ámbito laboral. Ciertamente en este al igual -- que en el civil se conocen "ex ante", con mayor o menor precisión, las exigencias objetivas de conducta que ha de observar el trabajador; pero además en el ámbito laboral deben ser también - conocidas -bien que en la práctica no se puedan saber con total exactitud- aquellas otras reflejo de su personalidad e individualidad. Estas - deben estar como mínimo hasta tal punto determinadas, que no hagan imposible, o dificulten - - enormemente, ya desde un principio, reconocer y aplicar la conducta que en su caso haya de ser exigida. Es así como el juez laboral, a diferencia del civil, no debe encontrar tanta dificultad en apreciar cual era la diligencia subjetiva del trabajador, por cuanto esta ya viene -bien en cierta medida solamente, como más adelante tendremos ocasión de ver- reconocida y determinada con anterioridad. La dificultad de reconocer la subjetividad, de todas maneras existente, no fundamenta ni justifica la renuncia a una verdadera indagación de la diligencia exigible.
- (4) A.OLEA. Derecho...cit.pág.11.

III. Resultado.

A manera de resultado sobre lo expuesto se puede indicar lo siguiente:

1. La diligencia, que no viene definida de manera -- clara, directa y expresa en el Derecho Común, supone una noción compleja, reflejo de una pluralidad de acepciones, formuladas en el derecho positivo de manera ambigua e imprecisa por vía negativa al acudir a la negligencia como consecuencia -- jurídica originada de la falta de aquella; todo -- lo que posibilitó en el marco de la dogmática jurídica una variada gama de posturas sobre la inter-- pretación de la diligencia, polarizándose en dos fundamentales, en base a considerar esta como objetiva o bien como subjetiva.
2. La interpretación objetiva de la diligencia --si bien sus criterios no constituyen una guía clara e inequívoca que proporcione medidas fijas y seguras de valoración--, encuentra en la doctrina y jurisprudencia una clara primacía sobre la subjetiva por cuanto se trae a primer plano la protección a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico, mediante la asunción por el deudor de una fuerte garantía tendente a cumplir la obligación y consecuentemente a satisfacer el interés del acreedor, de-- jando por regla general inconsiderado el exámen de la individualidad y personalidad del sujeto.
3. Esto significa imprimir un fuerte carácter objetivo a la asunción inicial de la culpabilidad por el obligado, al afirmar la preponderancia de la diligencia externa sobre la interna, quedando esta última de modo ordinario irrelevante para el juicio de valoración de la negligencia.

4. La negligencia objetiva-típica, determinante de la responsabilidad, se constituye así en regla a aplicar con carácter general, por cuanto el Derecho Común prescinde de las nociones penales de la culpabilidad, al no buscar represalias personales contra el deudor, sino sólo el restablecimiento del equilibrio patrimonial dañado.
5. La consideración a la subjetividad, al contemplar la aptitud y capacidad personal del deudor en orden a determinar la diligencia a él exigible, opera por consiguiente de manera excepcional. La propia naturaleza de la obligación, bajo la perspectiva de una razonable y equitativa ponderación de intereses de las partes, puede sin embargo exonerar o reclamar del deudor una diligencia mayor o menor a la esperada y exigida con carácter general u ordinario.
6. Aceptada la primacía de la objetividad, no puede venir pensada sin embargo en términos absolutos, por cuanto la medida de la diligencia, como criterio permanentemente revisable, es flexible, elástica y variable, determinándose caso por caso con ayuda del arbitrio judicial, sin que se pueda en consecuencia renunciar a la nota de la relatividad en la negligencia.
7. El problema central que por consiguiente subyace en la interpretación de la diligencia, no está en primer plano en la afirmación o no de la primacía de la objetividad sobre la subjetividad, sino en responder a la cuestión de hasta dónde puede extenderse

derse la abstracción de la objetividad teniendo -- presente la naturaleza de la obligación asumida.

8. Objetividad y subjetividad de la diligencia en el sentido expuesto a lo largo de este capítulo, van a representar criterios, no sólo de utilidad, sino incluso de aplicación a la esfera del trabajador; no sin embargo de igual manera a como las mismas -- han venido siendo utilizadas en el marco del Derecho Común: sujetas a un tratamiento aislado e in-- dependiente una de la otra, excepcionalmente tratadas o valoradas conjuntamente. Es precisamente esta última perspectiva mencionada, la que dadas las características propias y peculiares que informan el Derecho del Trabajo, va a tener un significado especial en el tratamiento de la diligencia del tra-- bajador.

III. LA DILIGENCIA EN LA RELACION JURIDICA DE TRABAJO

1. DILIGENCIA DEBIDA Y DEBER DE PRESTACION DEL TRABAJADOR

I. Consideraciones generales

1. Manifestaciones

La amplia y compleja noción de la diligencia, hace no ya meramente aconsejable, sino de todo punto necesario, contemplarla bajo distintos ángulos, que tratan de agotar las diversas manifestaciones jurídicas que la misma, como noción aparentemente unitaria, conlleva en la esfera del trabajador. (1)

Una primera contempla la posición jurídica de la diligencia en el marco de la prestación desde una perspectiva general.

La asunción inicial de la culpabilidad por el trabajador, como manifestación de la diligencia debida al tiempo de la contratación, determina las peculiaridades características propias de la culpa in contrahendo en la relación de trabajo, constituyendo no raramente un criterio iluminador para el juicio de valoración de la negligencia del trabajador ya dentro de la propia dinámica de la relación de trabajo, en especial en su relación con la ineptitud originaria o sobrevenida.

La diligencia como intensidad y eficacia en la ejecución del trabajo, se manifiesta en relación con la jornada de trabajo así como con la remuneración, en esta última haciendo referencia al trabajo como estímulo a una mejor diligencia del trabajador.

Una cuarta manifestación de la diligencia, como previsión, prudencia y cuidado que debe observar el traba-

jador con motivo de la ejecución de su prestación, -
incide en ese amplio campo problemático tendente a -
prevenir o evitar fallos, faltas o descuidos, produc-
tores de resultados dañosos. Como última manifesta--
ción de la diligencia de gran transcendencia prácti-
ca, se encuentra aquella que contempla la conducta -
del trabajador en su esfera privada como integrante
de su diligencia contractual debida. Esta, ha salta-
do por encima del marco de la propia relación de tra-
bajo, para incidir en el comportamiento y actuación
extralaboral del trabajador, "laboralizando" en cier-
ta manera la conducta en su esfera privada.

- (1) Desde su perspectiva legal aparece reflejada la -
diligencia de manera más o menos directa en los -
arts. de la LCT; 60 (medida de la diligencia exigible); 61 (intensidad exigible en los trabajos a -
destajo); 62 (denuncia de entorpecimientos que ob-
serve el trabajador para la ejecución de su traba-
jo); 63 (obligación de trato cuidadoso de materia-
les, máquinas e instrumentos de trabajo, así como
la general referente a todo tipo de daños); 64 --
(diligencia extraordinaria de acuerdo con las ne-
cesidades de la empresa); 65 (trabajo a tiempo --
obligatorio si el destajo no puede realizarse); -
67, 68, 69, 79 (impedimentos no culposos de poder
continuar el desarrollo de la prestación); arts.
37 y ss (sobre el salario y su influencia en la -
diligencia) etc. Como medidas sancionadoras, apar-
te de la general de indemnización por daños y per-
juicios (art. 63), se encuentran entre otras la de
despido del trabajador por falta de rendimiento -
(art. 77 f y 33 e), este último del DLRT de 4 de -
marzo de 1977), o por faltas o ausencias al traba-
jo imputables al trabajador (77a) y 33a) este úl-
timo del DLRT). Sobre las manifestaciones legales
de la diligencia en el sentido aquí expuesto v.
MONTROYA MELGAR (Derecho del Trabajo. Sistema de -
relaciones laborales. 1976. pág. 65).

2. Naturaleza jurídica

El intento de precisar la naturaleza jurídica de la diligencia en las manifestaciones vistas, lleva a su vez a aquel otro de su encuadramiento jurídico dentro del marco global de la prestación de trabajo, lo que ha constituido un problema constante en la historia jurídica por la falta de claridad derivada de la relación existente entre los deberes de conducta y aquel otro de cumplir o realizar una determinada prestación, viniendo aquellos por lo general caracterizados como secundarios o accesorios, frente a este último que -- tendría carácter principal. Tal consideración encuadra y caracteriza la diligencia como deber secundario de particular y singular contenido, frente a la propia obligación de realizar la prestación. (1)

La argumentación contraria, más cercana en su espíritu a las obligaciones de hacer que a las de dar, no ha sido sin embargo ignorada. La diligencia no constituye una obligación independiente de carácter accesorio, ni tampoco un segundo deber de contenido propio y específico frente a aquel otro de cumplir la prestación. El deber de cumplir es el deber de cumplir bien y no mal, viniendo así ya comprendida e incardinada la diligencia en la obligación general de cumplir la prestación. (2)

Tales consideraciones no son solo útiles sino también correctas para el encuadramiento jurídico de la diligencia del trabajador, así como para la delimitación de su verdadera naturaleza jurídica.

La propia dicción del art.60 LCT presta apoyo a esta última argumentación: lo que es deber "primordial" del

trabajador difícilmente puede incardinarse en la relación de trabajo como deber secundario o complementario (3); lo mismo puede decirse del carácter personalísimo que tipifica a la ejecución de la prestación de trabajo, que impide pueda ser desconectado el cumplimiento de la prestación de la observancia de cuidado y esmero por el trabajador, así como de la propia aplicación de su esfuerzo. La característica de ser el trabajo "humano", ha dado lugar a una estrecha conexión entre prestación y diligencia, ignorada quizás en otros campos jurídicos.

Lo dicho, no se ciñe meramente al campo de lo teórico, sino que tiene también una indudable relevancia práctica. Esta muestra el efecto inmediato y directo con que la diligencia observada por el trabajador, incide en el desarrollo y cumplimiento de la prestación, repercutiendo por lo demás en las diversas manifestaciones que la misma adopta en la dinámica de la relación de trabajo, como detenidamente se irá viendo a lo largo de esta exposición.

La diligencia no tiene por tanto carácter de obligación principal, ni tampoco secundaria, ambas de contenido propio, aislado o independiente de la obligación asumida de cumplir la prestación. La diligencia no supone la presencia de una obligación autónoma diferenciada de la genérica obligación de trabajar (4). A esta se le une aquella con carácter indisoluble, no entendiéndose la una sin la otra. El deber de trabajar es el deber de hacerlo contractualmente diligente (5). El deber de cumplir la prestación es el propio de hacerlo de manera ordenada y satisfactoria y no defectuosa (6).

No se puede por lo tanto sin reservas hablar simplemente de un "deber" de diligencia. Su naturaleza jurídica no se encamina ni manifiesta en el sentido de considerar esta como un deber independiente de carácter abstracto-general, con propia sustantividad frente al deber de trabajar, sino que conforma o configura a este, formando ya parte de su esencia (7). De aquí que sea más idóneo hablar de una diligencia "debida", por cuanto que no toda falta de diligencia, entendida esta en su sentido más general como "deber" - va a ser determinante en todo caso de la negligencia, sino por el contrario sólo aquella requerida y referida a la especialidad y naturaleza de la obligación -- asumida por el trabajador en el caso concreto (8). La propia "relatividad" que la noción de la culpa conlleva, no es sino reflejo de que lo que verdaderamente se contempla es una diligencia exigible caso por caso, que muestre su verdadero carácter de noción permanente revisable.

-
- (1) Así LEHMANN. Die Unterlassungspflicht im Buergerl. Recht. Muenchen. 1906.págs.168-171. (cit.por -- WEILBAUER A. Die ergaenzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben.1922.pág.5).
- (2) v. WEILBAUER. ob.cit.págs.5 y ss.
- (3) "La diligencia es un requisito esencial de esta - prestación (la de trabajo) de la cual no puede dissociarse en cuanto que el cumplimiento ha de ser precisamente un cumplimiento diligente. De aquí - la afirmación legal de que la diligencia es el deber primordial del trabajador (art.60 LCT)" (MONTAÑA MELGAR.ob.cit.pág.63.v.asimismo CREMADES B. La sanción disciplinaria en la empresa. Instituto de Estudios Políticos.Madrid.1969 págs.195-196, RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA. El salario a rendimiento. Universidad de Sevilla 1975.pág.160).

- (4) M.MELGAR.ob.cit.pág.66.
- (5) "El deber de diligencia está desprovisto evidentemente de independencia o autonomía frente a la -- prestación principal (esto es, frente a la realización del trabajo convenido). Es una simple modalización del deber de deuda. No existe pues un deber de trabajar por un lado y un deber de ser diligente por otro, sino que la obligación del trabajador es indisolublemente la de trabajar con diligencia"; (M.MELGAR ob.cit.pág.63).
- (6) v. HUECK/NIPPERDEY. Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. 1963. 7edic.págs.227 y ss. A. NIKISCH.Arbeitsrechts I.1961.págs.299 y ss.
- (7) Para G.MAZZONI, la diligencia modaliza el deber de trabajar, estando dentro del mismo (Manuale di Diritto del lavoro. Milán. 1969.pág.506 cit. en M.MELGAR ob.cit.pág.cit.
- (8) "Más que de deber de diligencia se debe hablar de - diligencia debida por el trabajador; si no se trabaja diligentemente no se viola un deber autónomo de diligencia, sino más bien no se cumple exactamente la prestación básica" (RODRIGUEZ PIÑERO. Apuntes - de cátedra. Curso 1969/70 pág.160). "El trabajo - - prestado sin diligencia hace incurrir al trabajador no en el mero incumplimiento de su deber de ser diligente, sino más radicalmente, en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su prestación laboral" (M.MELGAR.ob.cit.pág.cit.)

II. Posición jurídica y de hecho de la diligencia en el marco de la prestación de trabajo.

1. Diligencia y contenido de la prestación.

A. Actividad y tarea a realizar.

La diligencia del trabajador persigue la ejecución satisfactoria y ordenada del "trabajo". Expresiones tales como la diligencia "en el trabajo", su - determinación por la "especialidad habitual" (1), o la ejecución del "servicio prometido" (2) revelan que en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, se contempla la diligencia en un primer plano con arre

glo a la naturaleza de la actividad asumida (3). La actividad o tarea a realizar por el trabajador constituye así el marco jurídico-material donde la diligencia va a encontrar su concretización real.

La asunción por el trabajador de la realización de un determinado trabajo, coloca a este en un círculo jurídico del tráfico laboral concreto y determinado, referido al grupo de trabajadores que realizan iguales o semejantes trabajos. La tarea que conforma ya cómo o de qué manera se debe realizar el trabajo (4), constituye por consiguiente conforme a la categoría profesional del trabajador (5) lo que en principio va a ser determinante de la diligencia a él exigible (6).

La actividad que desempeña el trabajador determina ya la prestación de aquella diligencia que se corresponda con la que de manera ordenada y satisfactoria observan los miembros pertenecientes a su mismo círculo profesional, debiendo así poseer la medida de aptitudes y conocimientos de sus restantes compañeros de trabajo (7), pudiendo por lo demás serle exigida una diligencia diferente más elevada en razón de sus conocimientos especiales. (8)

El crecimiento continuo de la tecnificación en la vida profesional ha tenido como una de sus muchas consecuencias, el nacimiento y la potenciación de actividades -- que encierran un fuerte grado de tecnicidad, riesgo o peligrosidad en su ejercicio, que con anterioridad pasaban prácticamente desapercibidas. Han surgido de esta manera los trabajadores altamente cualificados o especializados, de los que se requiere una capacidad no común, o de otra manera dicho, una aptitud para la ejecución ordenada y satisfactoria de su trabajo, distinta a la de cualquier otro trabajador.

Para el trabajador cualificado no rige el criterio del buen padre de familia, entendido este en su sentido general, o si se quiere, rige el criterio del buen padre de familia que sea trabajador especializado, en definitiva el del buen trabajador cualificado, entendiéndose por tal medida de conocimientos que los propios trabajadores de esa categoría tengan en un determinado momento histórico (9).

Si bien existe una fuerte objetividad de la diligencia para trabajos altamente especializados, se aminora o -dulcifica en cierto modo en aquellas actividades especiales para cuya ejecución se hace necesario una mayor o menor dosis de iniciativa personal del trabajador, -por cuanto este debe pensar y valorar por si mismo los datos e implicaciones técnicas de su trabajo, lo que -en ocasiones produce la toma de decisiones, que aún saliéndose de aquello que sería conforme a la ciencia de su trabajo o que incluso la prudencia recomendaría, -- pueden no obstante venir justificadas en base a la puesta en marcha de su intuición, para solventar el problema en ese caso concreto (10).

La consideración a la iniciativa profesional debe ser en consecuencia tenida muy en cuenta a la hora de la valoración judicial sobre la negligencia, por cuanto -se trata de trabajos altamente especializados, prestaciones intelectuales con difíciles problemas técnicos, que por su peculiar estructura -a diferencia por ejemplo de los trabajos en serie o en cadena- poseen elementos netamente subjetivos por la toma de decisiones personales, normalmente de gravedad o relevancia (11). No obstante, y en orden a conseguir un acertado juicio sobre la negligencia, debe tenerse asimismo en cuenta, -que el necesario desarrollo de la iniciativa personal

en tales actividades, no debe convertirse en patente de corso para exonerar decisiones imprudentes del trabajador, por falta de cautela necesaria y ponderación suficiente con respecto a las mismas (12).

- (1) Ambas en el art.60 LCT (de esta misma ley v. también los arts.16,1 y 64).
- (2) Parágrafo 611 BGB.
- (3) A semejantes consideraciones llega BARASSI de la aplicación del art.1176 del CC italiano. (La teoría...cit.vol.III.pág.21).
- (4) Señala E.DEUTSCH que la entrada del trabajador en un grupo, tiene únicamente relevancia en relación con las propias actividades profesionales que caracterizan a ese grupo. Aquellas otras que no se imputan a la actividad profesional propiamente dicha o que ciertamente concuerdan con ella pero que no han sido materializadas en el ejercicio de la profesión, no son valoradas con el criterio de la diligencia debida conforme a su grupo profesional. Indica sin embargo que la diligencia debida en el ejercicio de la profesión, puede originarse con motivo de la realización de actividades ocasionales o gratuitas, citando entre otros supuestos el del médico, que estando de vacaciones, se ocupa de favor del tratamiento de un enfermo, debiendo responder por la diligencia que se le exigiría por el mismo tratamiento, no estando sin embargo de vacaciones. (Fahrlaessigkeit...ob.cit.pág.134).
- (5) Deducida fundamentalmente "por la función que efectivamente realiza", como expresa el art.1 de la OM 29 de diciembre 1945. (v.ALONSO OLEA. Derecho del Trabajo. Apéndice a la cuarta edición. (Reimpresión Madrid 1977, pág. 125; RIVERO LAMAS. La Novación - del contrato de trabajo. Barcelona 1963 págs.192 y ss. M.MELGAR ob.cit.pág.201.)).
- (6) Indica ALONSO OLEA que "de la cualificación con que se contrata a un trabajador y en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente dependen sus obligaciones básicas (la prestación o trabajo que se le exige), (Derecho del Trabajo.3.edic.ob.cit.pág.145) y por consiguiente, la diligencia, como modalización primordial de aquellas.

- (7) La ocupación real del trabajador en la empresa -- constituye el elemento objetivo de la calificación profesional que "como estado profesional objetivamente considerado", en expresión de RIVA SANSEVERI NO, parece deba primar sobre aquel otro subjetivo de la calificación profesional, que atiende a la propia aptitud y capacidad del trabajador. (Il contratto individuale di lavoro, vol.II del trattato dirigido por BORSI-PERGOLESI. 3 edic. Padua 1958, -- págs.148-149, cit. por RIVERO LAMAS. ob.cit. págs. 193-194 v. también MONTOYA MELGAR ob.cit.pág.201).
- (8) Así LARENZ (ob.cit.pág.211) v.asimismo BARASSI, -- quién indica, que según la cualificación profesional al respecto, surgirá la observancia de una diligencia distinta (La Teoría...cit.vol.III pág.22). Señala ya DERNBURG que la consideración a la actividad profesional, dejaba irrelevante aquella otra sobre personalidad del trabajador, admitiendo la graduación de la diligencia solamente bajo tales presupuestos (Die Schuldverhaeltnisse, 3 edic.1905. I.pág.148).
- (9) Así PREDELLA. (La figura...ob.cit.pág.34), v. asimismo BOBROWAKY/GAUL (Das Arbeitsrecht im Betrieb 6 edic.1970.pág.475).
- (10) Son precisamente las circunstancias del supuesto de hecho, las que cuidadosamente hay que examinar para la valoración de la diligencia exigible, porque si bien es ya difícil una formulación general de la diligencia debida, mucho más lo es en estos supuestos que versan sobre una típica "culpa profesional" por lo que no debe extrañar que se hayan calificado los límites de su extensión como "absolutamente misteriosos" (así BARASSI. La teoría...cit.vol.III. - pág.27).
- (11) Piénsese en la iniciativa personal o intuición del trabajador altamente cualificado, contratado para estudiar o resolver problemas técnicos de dificultad especial, o en aquella otra del trabajador, que en base a su elevada preparación, le ha sido encomendada la evitación o prevención del posible riesgo que la ejecución de ciertas actividades puede conllevar, trabajo que no podría ser realizado por personas no especializadas; o piénsese finalmente, como supuesto de mayor frecuencia y relevancia práctica, en el médico especialista, que en un determinado momento y con el fin de conseguir la curación del enfermo, pone en marcha su intuición profesional, saliéndose incluso de aquello que una pruden-

te aplicación de la ciencia de la medicina aconsejaría. Sobre esto v. las consideraciones que hacen ---- WIETHOELTER ob.cit. págs.21 y ss.; ERMANN BGB Kommentar, cit.págs.632-633, y HANAU, Die Kausalitaet... - cit. págs.18 y ss y pág.33).

- (12) Piénsese en el médico que en base a su iniciativa personal receta algo inusitado para la curación del paciente, agravándose este en vez de sanar. La posible negligencia en su actuación puede venir jurídicamente localizada, no en la toma de semejante iniciativa, si no en el comportamiento que generó la misma, pues aquel pudo antes preguntar a sus colegas, informarse de las posibilidades de éxito, etc. (Abundantes ejemplos prácticos, pueden verse en HANAU.ob.cit.págs.cit.).

B.- Ampliación del contenido

Los diversos medios jurídicos que ayudan a conformar la interpretación del contenido obligacional del contrato (1), modalizan la diligencia en mayor o menor medida y de manera diferente, según que el trabajador haya asumido una determinada y concreta actividad (2), o se haya comprometido meramente a la ejecución de un trabajo circunscrito a una determinada profesión (3). La modalización de la diligencia conforme a aquellos criterios, se hace todavía más patente, cuando la actividad del trabajador viene descrita o determinada de manera muy general (4).

Todos estos supuestos, conforme a la mayor o menor generalidad en la descripción de la actividad a desarrollar por el trabajador, determinan correlativamente el grado conflictivo de la relación y conexión entre la diligencia y el contenido de la prestación, que puede verse de esta manera ampliado (5), bajo dos perspectivas fundamentales: de un lado en la realización de trabajos anejos a la principal asumida por el trabajador, y del otro en los cambios eventuales de actividad.

- (1) Junto a la aplicación de la buena fe, cuya remisión es constante a lo largo de este trabajo, y a la -- propia de la costumbre local y profesional, que en breve será examinada, juega un papel relevante la potestad directiva del empresario, no sólo en aquellos supuestos de carácter extraordinarios, sino -- también, en su aplicación normal a la relación de trabajo, por cuanto que, y en realidad, "sólo existe una determinación genérica de las obligaciones del trabajador, derivada de la categoría profesional convenida y de las cláusulas del contrato, o -- de la regulación general a la que este, explícita o implícitamente, remita. Tal es el sentido del art 64.1 LCT...como esa "clase y extensión de trabajo", por muy minuciosas que quieran ser las normas legales, pactadas y consuetudinarias, precisa ser -- concretada en cada momento, a lo largo de la prestación del trabajo, resulta nuevamente necesaria -- la imputación del poder de dirección al empresario (MONTTOYA MELGAR. El poder de dirección del empresario. Madrid 1965. pág.65).
- (2) Piénsese en el técnico en reparaciones de un determinado electrodoméstico o máquina especial, o en -- el vendedor de una concreta mercancía.
- (3) Piénsese en sus propios términos, en las actividades del albañil, cerrajero, contable, vendedor, de pendiente etc.
- (4) Son los supuestos clásicos del peón, así como del auxiliar de oficina o de comercio.
- (5) Acertadamente había visto ya SIBER una de las funciones de la diligencia, como "Erweiterung des -- Verpflichtungsinhalts" (Der Rechtszwang im -- Schuldverhaeltnis nach deutschem Reichsrecht. Leipz' 1903. pág.175), que no supone sino, el potenciar el deber de colaboración o cooperación del trabajador en la empresa. (v.asimismo DIEZ-PICAZO, quién mantiene también esta idea en base al art.1258 CC en relación con el art.57 del C.de C. en La Doctrina.. cita.pág.141).

a) Trabajos adicionales.

En cuanto a la primera, debe el trabajador realizar aquellos trabajos adicionales o complementarios de su actividad principal (1), cuando guarden conexión con su puesto de trabajo o actividad a realizar, y

sean acordes con el espíritu que animó la celebración del contrato de acuerdo con la buena fe (2), y, lo que en la práctica es de todo punto relevante, se correspondan con los usos de empresa, profesionales o locales (3).

La aplicación de tales criterios delimitativos del contenido de la prestación, juegan un importante papel en el juicio de valoración de la negligencia del trabajador, cuando este muestra una indolencia o -- inactividad al desobedecer o no seguir las órdenes o instrucciones del empresario, relativas a la ejecución de tareas o actuaciones accesorias de la -- principal (4). Si se reputan aquellas actividades -- como no debidas, no se puede hablar de inactividad, o incluso de desobediencia o indisciplina negligente por parte del trabajador. (5)

-
- (1) Piénsese por ejemplo en el transporte por el propio trabajador de los materiales para la ejecución de su tarea; ordenar y limpiar el puesto de trabajo; entretenimiento y cuidado de la mercancía, así como de los materiales y herramientas -- de trabajo etc.
 - (2) Porque la buena fe contractual consiste en una -- actitud de cooperación activa que se dirige a -- cumplir de modo positivo la expectativa de cooperación de la contraparte, configurando en primer plano la proyección real del sentido técnico del contrato, al ser instrumento de interpretación -- según su espíritu, ampliando o restringiendo las obligaciones literalmente asumidas en este. (así E.BETTI ob.cit.págs.77, 86 y ss, 97 y ss). Significa dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo -- que han de estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento -- (así la STS 9 de diciembre 1963. v.asimismo la -- de 29 de enero 1965). Supone por tanto "un conducirse como cabe esperar de cuantos, con pensamien

to honrado, intervienen en el tráfico como contra tantes"... "dirigiéndose al deudor con el mandato de que cumpla su obligación, ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma -- que el acreedor pueda razonablemente esperar...re fleja en primer lugar el modo de cumplir el deber de prestación" (DIEZ-PICAZO.ob.cit.pág.257.v.también págs.138 y ss. Sobre la buena fe como instru mento complementario de las obligaciones principa les asumidas y en el sentido aquí expuesto v.asi mismo WEILBAUER ob.cit.).

- (3) Así lo hacen notar HUECK/NIPPERDEY ob.cit. I. pág 200 (en especial nota nr.9); NIKISCH ob.cit. I. - págs.285; G.SCHAUB. ARBEITSRECHTSHANDBUCH. 3 edic. Muenchen 1977. pág.162. La referencia y aplica- - ción de la costumbre laboral o uso de empresa, no sólo es utilizable para determinar el "cómo" de - la prestación del trabajador, sino también, como ahora se contempla, para configurar el "qué" de - la misma, al ir delimitando el ámbito de la presta- - ción debida del trabajador.
- (4) V.SUAREZ GONZALEZ, en Dieciseis lecciones sobre - causas de despido. Madrid 1969. pág.88. La rela- - ción entre la indisciplina y desobediencia enun- - ciada en el art.69 de la LCT) guarda estrecha co- - nexión con la diligencia debida (en este sentido v.GONZALEZ ENCABO. Dieciseis lecciones...ob.cit. pág.131-132). "...si el art.60 (LCT)...impone al trabajador el deber primordial de ser diligente... el productor...conculcó ese primordial deber cuan- - do se negó reiteradamente a cumplimentar la hoja de trabajo, como se le había ordenado por sus je fes laborales...conducta del obrero que...(va con tra) el deber de disciplina y el de obediencia... impuestos por el art.69 (LCT)...lo que hace inci- - dir al trabajador... en el apartado b) del art.77 (LCT)" (STS 23 mayo 1964). Los hechos "...revelan una falta tal de diligencia...que integran la cau- - sa de despido prevista en el apartado b) del art. 77 de la LCT... y a este efecto ha de considerarse como fundamental norma reguladora de los debe- - res del trabajador, la contenida en el art.60 de la propia ley..." (STS 17 marzo 1969). En términos - semejantes se expresan las STS 5 de junio 1964, 11 de marzo 1968, 30 de enero 1969. Por otra parte, la relación entre la indisciplina y desobediencia con la diligencia, viene con frecuencia manifesta- - da en las formas "in vigilando" o "in custodian- - do" de esta última. Así, constituye causa de in--

disciplina grave sancionada con despido a tenor del art.77 b) LCT, el abandonar la vigilancia nocturna de un proceso químico grave y peligroso (STCT 26 octubre 1967), o abandonar, o abandonar la custodia de un paso a nivel dejándolo abierto (STCT 19 noviembre 1966), o ausentarse antes de que se acabe la jornada en el hotel en que se trabaja como camarero, dejando a los clientes con la cena a medio servir (STCT 16 noviembre 1966).(Sentencias estas últimas recogidas por -- SUAREZ GONZALEZ en Dieciseis Lecciones...cit.pág. 87).

- (5) La aplicación de los arts.1101,1103 y 1104 CC, - presuponen la existencia de una obligación exigible no cumplida o cumplida imperfectamente (así se había ya expresado el TS en st.8 enero 1917). No hay que olvidar, para la apreciación de la -- imputabilidad al trabajador de su desobediencia, el hecho de que este debe en principio cumplir, y posteriormente reclamar (SUAREZ GONZALEZ, ob.cit. pág.89); y que, con MONTROYA MELGAR sea más idóneo hablar de obediencia justa del trabajador y no de obediencia absoluta (El poder...cit.pág.253). Por lo demás, lo que en el fondo de toda esta problemática subyace es, en primer plano, la consideración de la posición del trabajador en la empresa como "contractualista" o bien como "relacionista". Ilustrativo a este respecto es el ejemplo que menciona WIEDEMANN: una mecanógrafa, que además domina idiomas, no está obligada a traducir o escribir correspondencia extranjera, en tanto que esto no ha sido acordado contractualmente; (H.WIEDEMANN Das Arbeitsverhaeltnis als Austausch und - - - Gemeinschaftsverhaeltnis". Karlsruhe 1966.pág.39); no siendo esto así, la diligencia de la mecanógrafa no es debida hasta el punto de que deba realizar actividades no acordadas en el contrato, o -- que de manera razonable no se pueda deducir de su espíritu, conforme a la buena fe. Así no se puede afirmar sin reparos con NIKISCH, cuando señala - que "... la especialidad de la relación de trabajo está ... en que él (el empresario) puede determinar el qué, cómo, cuando, cuanto tiempo y donde - debe ser trabajado. El trabajador que debe poner a disposición su fuerza de trabajo debe por lo - tanto más, que si se hubiese obligado a la realización de uno determinado..." (ob.cit.tom.I.pág. 172). Si se piensa que la puesta a disposición - del trabajador a su empresario es sencillamente la manifestación y modalización práctica de la - diligencia debida que pueda resultarse de una in

interpretación razonable del contrato, y no un mero - argumento jurídico que lo deje prácticamente sin -- contenido, habrá entonces que afirmar, que el traba- jador no debe "más" como NIKISCH por el contrario - afirmar, sino que debe "más concreto" o "más preciso" de manera que la prestación -y en consecuencia la di- ligencia debida para su cumplimiento- establecida en cierto modo de manera general o abstracta, se concre- ta y modaliza al comenzar ya el trabajador fácticamen- te la ejecución y desarrollo de su actividad laboral. Posiciones críticas en el sentido expuesto a la pos- tura de NIKISCH sobre la primacía de la genérica pue- ta a disposición del trabajador, pueden verse en - - MUELLER G. (Die Leistungsbegriff in Arbeitsverhaeltnis. Tuebingen 1970 pág.16) y KUECHENHOFF G. (AuR 1965. - págs.129-130).

b) Cambios eventuales de actividad. "Ius variandii".

Si bien, y ordinariamente, viene el trabajador so- lamente obligado a prestar el trabajo corriente, "pasajeramente y por necesidad urgente de preve-- nir grandes males inminentes o de remediar acci-- dentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado..." (1).

Estamos así ante aquellos supuestos de diligencia extraordinaria que debe observar y prestar el tra- bajador (2) acorde con el carácter excepcioanl de la situación (3).

Si el trabajador debe prestar de manera ocasional otro trabajo del acordado, es decir, trabajo dis- tinto del suyo habitual (4), el carácter novedoso de la actividad (5) puede dar lugar a una ejecu-- ción defectuosa de la prestación, bien en sí mis- ma considerada, bien acompañada de daños en su -- realización (6). De tener en cuenta en tales su- puestos, es que el cambio de actividad al asignar- le al trabajador tarea distinta de la que él habi- tualmente viene ejecutando, produce el paso del -

trabajador, a una nueva esfera o círculo profesional, por lo que para el juicio de valoración de su negligencia debe procederse en estos casos con extrema precaución.

La diligencia a él exigible no puede venir sin más --reconducida a la observada de manera normal y habitual por el grupo de trabajadores en el que ocasionalmente se encuentre este ahora, sino que por el contrario debe ser orientada a aquella que podría ser --razonablemente esperada de un trabajador de sus mismas características y aptitudes en semejantes circunstancias y condiciones. El cambio de la actividad habitual por otra distinta de manera ocasional determina una consideración más fuerte a la subjetividad --del trabajador, sin prescindir empero de la referencia a la objetividad que la nueva tarea conlleva en los términos vistos (7).

Cuando pueda hablarse de la inobservancia de la diligencia debida en tales supuestos, se deja averiguar caso por caso bajo la aplicación de un criterio objetivo desde la perspectiva en que se ha examinado, sin que por esto haya forzosamente que prescindir de la viabilidad de formulaciones generales. Se origina el reproche de la negligencia, cuando el trabajador se comporta de modo tal, que el tráfico jurídico laboral no hubiese podido contar con semejante comportamiento, ni siquiera en un trabajador de semejantes características y condiciones, que ocasionalmente se viese obligado a realizar actividades o funciones distintas a --las suyas propias habituales (8). Este debe ser el --punto real de partida para la valoración de la negligencia en tales supuestos. Derivaciones hacia crite--

rios más estrictos de diligencia objetiva, o por contra hacia posiciones subjetivas de la misma son asimismo posibles en atención a las circunstancias del caso concreto.

Otra particularidad que presenta la diligencia en el ámbito y supuestos que ahora se contemplan, es el hecho de que el cambio eventual o pasajero de actividad puede ser determinante de la negligencia en el trabajador, atendiendo no ya al mero hecho de la ejecución insatisfactoria de aquella, sino al propio momento de su asunción. Aún indicada tal posibilidad, es no obstante difícil que pueda darse en la práctica con carácter general: la potencial existencia de negligencia en la conducta del trabajador en tales supuestos, en base a su falta de previsión o prevención al asumir la ejecución de una actividad que no es la suya habitual de la que con posterioridad nace un resultado no querido, debe reputarse de aparición y aplicación excepcional, ante todo si se tiene en cuenta la asunción de otra actividad trae su causa precisamente de la potestad directiva empresarial (9), ocurriendo la misma no al tiempo de la contratación y con carácter permanente, sino dentro ya de la propia dinámica de la relación de trabajo y con carácter eventual (10), y que además suele tener lugar respecto de - - aquellos trabajadores de menor capacidad intelectual, y por tanto de menor aptitud, para reconocer en un futuro la posibilidad de que se produzcan resultados dañosos (11).

Si el trabajador debe prestar el mismo trabajo que el acordado, es decir, el suyo propio habitual, al caer la prestación extraordinaria dentro de la esfera de -

su actividad, parece no deba surgir en principio una reconsideración de la diligencia, que llevase a una interpretación especial, por cuanto el trabajador si gue de todas maneras incardinado en su grupo profesional correspondiente de acuerdo con su propia acti vidad.

La óptica de enjuiciamiento es distinta sin embargo, si se indaga, dónde reside el verdadero carácter extraordinario de la prestación en estos casos, y este se encuentra efectivamente en la realización de la propia actividad habitual, pero de manera más intensa, o, durante un período de tiempo mayor la normal. Y es este "mayor trabajo" -en expresión del art.64.2 LCT- que debe prestar el trabajador, el que precisamente proporciona la base para una interpretación es pecial de la diligencia en estos supuestos.

Así, y en conexión con la posible aparición de negli gencia en el comportamiento del trabajador (su rendi miento cuantitativo y cualitativo así como la even-- tual mayor causación de errores, faltas o descuidos productores de resultados dañosos), tienen que venir necesariamente estimadas esa mayor intensidad o mayor duración que el propio carácter extraordinario de la prestación imprime en la actividad del trabajador (12) todo lo que puede determinar -siendo de hecho así- una mayor fatiga física y acusada monotonía en la eje cución del trabajo, así como un posible estado de ten sión en el trabajador, propio de la urgencia o grave-- dad del asunto. Todos estos factores y cualesquiera - otros pensables, pueden crear una situación tal que - impida durante este período extraordinario exigir la

prestación al trabajador con la misma altura, así como la observancia de igual cuidado, prudencia y orden en su ejecución, que en el período anterior de carácter normal.

(1) art. 64.2.LCT.

(2) Cuando en efecto se vea obligado el trabajador a observar esta diligencia extraordinaria es un problema que afecta de manera inmediata al propio deber de trabajar conexas con el ius variandi empresarial, no sin embargo en sí a la diligencia con que debe hacerlo, por lo que debe quedar parcialmente inconsiderado.

De todas formas es siempre de considerar y tener presente, que la prestación extraordinaria debe ser tanto posible como exigible al trabajador. Adecuado criterio para la valoración de una tal posibilidad, lo constituye la consideración a la buena fe y a los usos del tráfico (así GAUL.D. - Die Arbeitsbewertung und ihre rechtliche Bedeutung 3.edic.Köln.1967.pág.37; G.SCHAUB(ob.cit.pág.162).

(3) Carácter excepcional, que pese al tenor del art. 64.2.LCT ("...por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos..."), y a su supremacía en la jerarquía normativa, ha sido extraordinariamente mitigado - en la práctica - como indica SALA FRANCO- mediante la contratación colectiva y las Reglamentaciones de trabajo, convirtiendo, dice el citado autor, la urgente necesidad a la que se refiere la ley en "necesidad muy justificada del trabajo", "simple necesidad" e incluso en la sola "petición de la empresa al trabajador". (La movilidad del personal dentro de la empresa. Madrid 1973.págs.40 y 41. Las expresiones corresponden a la normativa de distintas Ordenanzas de Trabajo que se pueden ver en estas mismas páginas citadas).

(4) Sobre si en tales supuestos puede o no producirse una novación del contrato de trabajo cfr.CABRERA BAZAN. La novación ilícita del contrato de trabajo. Sevilla 1963.págs.62 y ss.MONTOYA MELGAR.El poder.. cit.pág.165.TOMAS SALA.La movilidad..cit.p.35 y ss.

- (5) Si bien se debe tener presente la posibilidad de que la actividad pueda ser novedosa sólo - en sentido relativo, porque el trabajador deba ahora trabajar en categoría inferior a la suya habitual que con anterioridad había ya - desempeñado.
- (6) Pues no sería infrecuente dada la improbable - deficiencia en la aptitud y capacidad del trabajador para el desarrollo de la nueva actividad; lo que podría suponer, como indica SALA FRANCO, el despido por ineptitud del trabajador, "pu-- diendo ocurrir también que el nuevo puesto suponga un mayor riesgo físico para el trabaja-- dor, bien porque objetivamente sea más peligro so, bien porque la impericia del trabajador pa ra ese trabajo cree tal riesgo" (La movilidad.. cit.pág.43; v.asimismo los interesantes térmi nos en que se expresa la STS 21 abril 1967, re cogida por el citado autor en págs.44 y 45).
- (7) Pongamos un ejemplo para mayor claridad. Si se contrata a un trabajador como peón, asignándo-- le posteriormente y con carácter eventual tra bajos de albañilería o carpintería, entra en - efecto en el círculo del tráfico jurídico labo ral, que contempla el trabajo de albañil o - - carpintero. No obstante la diligencia que ob-- viamente se exige y espera de estos no puede - aplicarse sin más al peón. Si puede serle exi gida sin embargo a este una diligencia que de forma razonable pueda ser esperada por el trá fico jurídico laboral de un peón que ocasional mente realice trabajos de albañilería o carpin tería. Con esto permanece la llamada a la obje tividad de la diligencia, bien que concretada o reducida en base a las especiales circunstan cias del sujeto. Paralelos serían los supues-- tos del auxiliar de oficina al que se le encar ga pasajeramente la realización de un trabajo cualificado (por ejemplo, el despacho de corres pondencia), o del auxiliar de comercio, cuya - tarea consiste en desembalar y ordenar las mer cancias que recibe, o empaquetar los pedidos, al que se le encarga en un momento dado, que - atiende personalmente a la clientela.
- (8) Piénsese en el auxiliar de comercio que a una llamada de su empresario debe atender a un - - cliente, cuando no le proporciona al mismo la

gama de artículos adecuada o completa que el -- cliente quiere examinar, porque si bien no tiene experiencia en la realización de este cometido, pudo haber ido a la trastienda a comprobar si efectivamente aquellos se encontraban en existencia, o cuando menos haberse informado o preguntado sobre ellos, no habiéndolo sin embargo -- hecho así, mostrándole al cliente artículos no pedidos etc. Un comportamiento tal, reflejo de -- una cierta ligereza y desidia, sería probablemente negligente, aún teniendo en cuenta que el trabajador ha desempeñado una actividad distinta de la suya propia habitual, por cuanto debe quizás pensarse que no ha observado aquella diligencia que podía ser esperada y exigida de un auxiliar de comercio aún en tales circunstancias.

- (9) Con lo que en última instancia, caso de producirse efectivamente un comportamiento negligente -- del trabajador, habría que tener siempre presente, la parte de culpa que pudiese corresponder -- al empresario. De indicar también es la posibilidad de negar la imputación de la negligencia aún cuando el trabajador haya podido preveer en el -- momento de asumir una nueva actividad, la posibilidad de producirse un resultado dañoso o insatisfactorio, todo en base al posible "miedo reverencial" del trabajador a su empresario, es decir, al "temor a desagradar -- en expresión del -- art.1267 del CC- a las personas a las que se debe sumisión y respeto", que debe considerarse, a pesar del tenor de la norma a este respecto, de cierta relevancia en el campo del Derecho del Trabajo.
- (10) Diferencia de gran relevancia, por cuanto en el -- primer supuesto la sanción de la culpabilidad por el trabajador va por cauces mucho más estrictos que en los supuestos que aquí se contemplan, por cuanto en estos últimos no se trata del examen -- de una diligencia "in contrahendo" en sentido estricto, sino de una diligencia in contrahendo relativa, que asume la realización de una actividad distinta de la suya que en su día fue objeto del contrato, y, no se olvide, a iniciativa empresarial.
- (11) Piénsese por ejemplo en las diferencias en la -- asunción por un peón de una actividad distinta a la suya habitual, y en aquella otra del trabajador cualificado, con respecto a otro trabajo asimismo cualificado.

- (12) La extensión de la diligencia en tales supuestos debe concretarse a la realización de lo -- que sea necesario para evitar o prevenir la entrada de consecuencias dañosas (males inminentes) para la empresa; recurriéndose por consiguiente al desarrollo de las actividades que -- sean en este sentido únicamente imprescindibles. Caso de que la diligencia excepcional haya producido la prolongación de la jornada de trabajo, todas las actividades que permitan ser aplaza--das, deben ser realizadas dentro de la duración normal de la jornada. (v.DENECKE/NEUMANN AZO. - Marginal 14 nota 3. 8 edic. 1973; RUESHLER. Die Arbeitszeit. Berlín 1973.pág.87).

C. Contratación para cualquier actividad.

Una referencia, aunque breve, merece el exámen del juego conjunto entre diligencia y tarea a realizar, en aquellos supuestos en los que la determinación de la actividad a desarrollar por el trabajador -- viene concebida de manera muy general, alcanzando su grado máximo, por así decirlo, en aquellos supuestos en los que se contrata al trabajador para la realización de cualquier actividad (1).

El derecho alemán, ha contemplado supuestos prácticos ocasionales, sobre todo en el ámbito de las actividades o trabajos auxiliares, con cláusulas contractuales por las que el trabajador se obliga a la ejecución de cualquier actividad que se le -- asigne dentro de la empresa (2).

Sin duda existen reparos a la permisibilidad jurídica (3) y sociológica (2) de tales situaciones, que por lo demás, conviene indicarlo, pueden al--canzar operatividad de manera tácita y no solamenen

te expresa a través de cláusulas contractuales como la mencionada, por cuanto su aparición puede ser posible "de facto" en la práctica. De tener en cuenta para el exámen y valoración de la negligencia en tales supuestos, es la gran dificultad existente en determinar con carácter general, que diligencia sea la efectivamente debida, y pueda asimismo ser exigida, por cuanto el trabajador puede ahora caer con suma facilidad en el ámbito de diferentes grupos laborales determinados por la propia diversidad existente de acuerdo con las diferentes actividades.

Sin duda no se puede hablar de estos supuestos de una medida de diligencia exigible conforme a la "especialidad habitual" del trabajo (art.60 LCT), puesto que no existe una tarea concreta que el trabajador vaya a ejecutar de manera permanente o cuando menos estable; ni siquiera conforme a la naturaleza de la obligación (art.1104 CC), por aparecer tal naturaleza en un estado altamente difuso (5). Por otra parte, si bien las "facultades y peculiaridades" del trabajador (art.60 LCT), pueden ser teórica y prácticamente cognoscibles o reconocibles, su utilidad para la valoración de la diligencia es no obstante de escaso valor, porque es cuando el trabajador debe realizar diversas actividades.

Y es precisamente esta dificultad práctica de aplicación, lo que hace que de todos modos, con riesgo a cargo del empresario, juegue un importante papel, como siempre lo hace, la consideración a la personalidad del trabajador. El deber legal de conoci--

miento por el empresario de la aptitud y cualidades de su trabajador, adquiere en tales supuestos relevancia especial, en base precisamente a la -- gran indeterminabilidad de la actividad que el -- trabajador debe desempeñar, por cuanto que generalmente presenta este escasa o nula cualificación - técnica e insuficiente experiencia profesional, - que le permita "hacer de todo" en la empresa, y - además "hacerlo bien", todo lo que hace que aumente de manera excepcional en la esfera del empresario, el potencial riesgo resultante de una prestación defectuosa o insatisfactoria del trabajador (6), recortándose o aminorándose de esta manera - las posibilidades de imputación al trabajador de la culpa in contrahendo, y potenciándose por con--tra la asunción inicial de la culpabilidad por el empresario al tiempo de la contratación (7).

- (1) Lo que se denomina por la doctrina alemana generalmente como "Einstellung" für jede Tätigkeit".
- (2) Así por ejemplo la citada en BOBROWSKY/GAUL: "Der unterzeichnende Arbeitnehmer erklärt sich bereit, jede ihm innerhalb des Betriebes - - übertragene Tätigkeit zu übernehmen" (ob.cit. pág.132).
- (3) Estas cláusulas amplian de manera directa y - automática la potestad directiva del empresario en un grado tal, que fácilmente pueden produ--cirse en la práctica situaciones abusivas en - la persona del trabajador, lo que además puede contradecir el tenor del art.1273 del CC por la existencia de una gran indeterminabilidad - en el objeto del contrato, así como probable--mente el propio del art.16.1 LCT, que señala

la necesidad de que se indique en el contrato de trabajo, la clase o clases de trabajo objeto del mismo, bien que el precepto, de aquí la duda, se refiere solamente al contrato de trabajo escrito. La frontera de su admisibilidad -supuesto que la existencia de tales cláusulas pueda considerarse ya de por sí viable- debe verse fundamentalmente bajo el crisol de los arts. 1255, 1256 y 1258 CC.

- (4) Se deben ir desechando tales situaciones porque - en definitiva impiden la paulatina y progresiva - formación profesional del trabajador que la práctica cotidiana de la realización de una determinada actividad va proporcionando con el paso del -- tiempo. El trabajador realiza "de todo", y a la -- postre no está preparado ni capacitado para ejercer satisfactoriamente ningún tipo de trabajo en concreto. Por otra parte la contratación del trabajador para cualquier actividad, no se deja conexión de manera satisfactoria, con la consideración del trabajo como "humano". Con frecuencia se encuentra el trabajador incómodo en tales situaciones dentro de la empresa. De todos es conocida la figura del "pinche" o del "mandado", que se reconduce más a caracteres serviles de la prestación de trabajo propia de otras épocas, que a -- la idea moderna del trabajador en el ámbito de -- una sociedad industrializada. La desigual situación en que se encuentra este trabajador frente a sus compañeros de trabajo, puede crear en él un -- "complejo de inferioridad laboral" con doble repercusión para su diligencia: no sólo en la esfera de su voluntad para trabajar, sino incluso en la proyección real de sus aptitudes y facultades. La minusvaloración de la propia capacidad para hacer una cosa, repercute no sólo sobre la voluntad, sino también en determinadas circunstancias, puede volver insegura la propia aptitud, incluso llegar a paralizarla (v.en este sentido W.STERN.ob.cit.págs.527 y ss, así como LERSCH ob.cit.pág.448, así como la STCT 2 marzo 1976, quién negó la voluntariedad del trabajador en la disminución de su -- rendimiento , porque la voluntariedad se vió "in-- fluída por la repetición de cambios en el puesto de trabajo, con la consiguiente perturbacion de la adaptación a cada uno, que lógicamente habría de -- influir en su rendimiento e incluso en su ánimo laboral...").

- (5) Volviendo a los ejemplos matrices mencionados con anterioridad, no se trata ya de que el -- trabajador peón, realice simplemente trabajos eventuales de albañilería, sino de que, ora - trabaja como albañil, ora repara una avería - en las instalaciones de la empresa, ora maneja una determinada máquina, recoge o lleva el correo, vigila la empresa en las horas de pausa laboral, ordena o limpia los puestos de -- trabajo etc.
- (6) No sin embargo cuando hubiese mediado en su - actuación dolo o negligencia grave, no debién dose empero prescindir en ningún caso del grado de capacidad cultural y discernimiento intelectual del trabajador.
- (7) Sobre la culpa in contrahendo del trabajador y del empresario se hace referencia en págs. 262 y ss.

2. Diligencia y prestación debida.

A. Introducción.

Cuestión de importancia ahora a examinar desde sus - planteamientos generales para con posterioridad pa--sar a un análisis más complejo, es la referente a si la relación de trabajo arrastra en el fondo el pro--blema de las relaciones civiles obligatorias cuando se contemplan estas bajo dos aspectos fundamentales que en la práctica no se dejan conexas del todo: el comportamiento jurídico del deudor materializado en sus deberes de conducta, y la satisfacción del interés del acreedor, reflejado en el ordenado cumplimiento de la obligación.

Este dualismo existente en la relación obligatoria - se proyecta sobre la propia noción de la prestación dando lugar a una relación confusa entre una conducta prestacional, o prestación de actividad, y un éxito prestacional o prestación de resultado (1).

Con las miras puestas en la prestación del trabajador, y dada la relevancia para el exámen de su diligencia, se hace necesario plantearse de que manera vienen conexas en la relación de trabajo estas dos manifestaciones, cual de las dos prepondera en la esfera de lo debido por el trabajador, así como su pretendido significado dentro de la noción unitaria de la prestación de trabajo, y con posterioridad, cual va a prevalecer según la modalidad en que se remunere el trabajo a realizar (a tiempo o a rendimiento). Con esto, lo que en el fondo se pretende, es no sólo la localización jurídica de la diligencia debida del trabajador en una o en ambas esferas, sino -- también su concretización material en el desarrollo de la dinámica de la prestación de trabajo.

- (1) Señala F.WIEACKER que la aparición en el derecho de obligaciones, de un lado la "Leistungsverhalten" o "Leistungshandlung" y por otro el "Leistungserfolg", ha producido una discrepancia interna("innere Zwiespältigkeit") en la noción moderna de la prestación. (Festschrift H.C.Nipperdey.I.1965 pág.789).

a). Prestación y resultado.

La obligación a umida por el deudor puede venir dirigida a la consecución de un determinado éxito prestacional, que coincida con la satisfacción del interés del acreedor, estando así ante aquellas obligaciones deno

minadas "de resultado", por constituir este su objeto fundamental (1). Tales obligaciones quedan incumplidas y por tanto insatisfecho el interés del acreedor, cuando el resultado esperado por este no tiene lugar (2), lo que determina la responsabilidad del deudor independientemente del comportamiento observado (3) (4).

- (1) Sobre la problemática e implicaciones de las obligaciones de medio y resultado v. BRECHT A. Jher. - Jharb. 53. págs. 213 y ss. HARTMANN; G. Die Obligation Erlangen. 1875; MENGONI. Riv. Dir. Comm. 1954, págs. 108-209. TUNC. Nuova Riv. dir. comm. I. 1947-1948, págs. 126-145; WIEACKER. F. cit. págs. 783 y ss.
- (2) MENGONI ob. cit. pág. 208.
- (3) Así F. MORTILLARO (Sul rendimento del prestatore nelle obbligazioni di lavoro; en "Il Diritto del lavoro" 1971. n. 3-4, págs. 123 y ss. cit. por RODRIGUEZ BORBOLLA ob. cit. págs. 133-134. cfr. F. WIEACKER ob. cit. pag. 795). Las medidas normales de diligencia, indica BETTI "señalan un criterio de valoración de la conducta, sólo para las obligaciones de comportamiento, pero no para las obligaciones de resultado" (ob. cit. pág. 145 v. asimismo TUNC ob. cit. págs. cit.).
- (4) La consideración al resultado, lleva implícita la propia de la garantía. Esta última, como indica BARRASSI (ob. cit. vol. III pág. 306), excluye la individualidad del esfuerzo del deudor como medio normal para conseguir un objetivo; en el caso del trabajador, la ejecución ordenada y satisfactoria de su trabajo. La garantía (de proporcionar un determinado resultado), supone o sobreentiende el esfuerzo del obligado, no lo exige sin embargo como elemento típico de la relación obligatoria. Una garantía tal que ignore el esfuerzo y el celo del trabajador, -- por atender sólo al resultado, ignora ya en parte el propio contenido del art. 60 LCT, que caracteriza a la diligencia, no ya como elemento "típico", sino más fundamentalmente como "primordial". Al exis

tir una garantía, se atiende exclusivamente a la consecución de un objetivo o finalidad (un cierto resultado en el trabajo) sin subordinarlo a una medida de esfuerzo que el obligado debe prestar para conseguirlo. En las obligaciones en las que el deudor asume la garantía contra ciertos riesgos -aquí la de que se produzca el resultado esperado- "no se trata de una conducta a la que pueda aplicarse el criterio de diligencia" (E.BETTI ob.cit.pág.144). Al primar en el contenido de tales obligaciones un sentido fuertemente objetivo, habría que decir, siguiendo la exposición de BELTRAN DE HEREDIA, que en estas el elemento primordial -lo sería el patrimonial, quedando como secundario aquel personal reflejo de la actividad del deudor. El contenido de la obligación sería el propio resultado de la prestación; el bien debido. (El cumplimiento de las obligaciones. Madrid.1956.pág.24).

b) Prestación y actividad.

Mayor relevancia para nuestro interés -por cuanto en principio parecen ya identificarse más con la propia naturaleza jurídica de la prestación de trabajo- tienen aquellas obligaciones asumidas por el deudor cuyo objeto primario no consiste en proporcionar al acreedor la obtención de un resultado final determinado, sino que lo que se contempla en primer plano es la conducta prestacional del mismo, como actividad, tendente a la consecución de un cierto éxito o resultado, para cuya finalidad fué constituida la obligación. A tales obligaciones en contraposición con las anteriores, se las ha denominado de medios o instrumentales, o bien de actividad o de diligencia (1). En estas debe el deudor un modo de proceder diligente, adecuado a la obligación asumida, no sin embargo la propia realización de la prestación.

El deudor no se obliga por consiguiente a la consecución de un resultado determinado, sino meramente a un adecuado esfuerzo, al empleo de la aptitud y diligencia tendente a satisfacer el interés del -- acreedor (2), con lo que resulta de todo punto relevante, la consideración a la culpa o negligencia -- del deudor, para que tenga lugar el incumplimiento de la prestación, viniendo este delimitado por la aparición de aquella (3), no surgiendo así la responsabilidad, cuando el deudor se haya comportado diligentemente (4). Toma así el débito la mera forma de una obligación dirigida a la consecución del cumplimiento ("in der Richtung auf Erfüllung") (5). Como quiera que su propia dimensión es cambiante en virtud de la diferente clase de obligaciones, -- surge una intensidad diversa en el débito de la -- obligación, conforme a la naturaleza de cada una en concreto (6).

El débito se dirige meramente a una recta reflexión conforme a las exigencias de la buena fe (7) en orden a hacer o realizar aquello que es debido conforme a las circunstancias, así como a omitir aquello otro que pudiera hacer peligrar la consecución del cumplimiento de la obligación; partiendo en primer término de que con mayor o menor esfuerzo (Kraftspannung), según la obligación en concreto, son mantenidos y realizados por el deudor los requisitos y condiciones para su realización última (Endzweck). Obrando así satisfacer el deudor su débito (Soll der Obligation), quedando en consecuencia exonerado, -- aún cuando no se haya cumplido en último término la

obligación por no haberse conseguido la externa realización de la prestación. (8)

- (1) v.cita n.1.de la página anterior. A nuestro juicio no se puede hablar sin embargo con propiedad de una "obligación de diligencia", sino más bien de una obligación de hacer, de una obligación de actividad, con el resultado que esta -en mayor o menor grado determinado- lleva siempre implícito, que debe ser ejecutada con el empleo o la aplicación de la diligencia debida.
- (2) BRECHT, sino solamente una "pflichtgemässige -- Anstrengung", "pflichtgemässes Bemühen", "ausschliesslich vertragmässige Sorgfalt zur Herbeiführung des Leistungserfolges". (La misma línea -- adoptaría con posterioridad F. WIEACKER, ob.cit. págs.798 y ss).
- (3) v.MENGONI ob.cit.pág.208. Desde tal perspectiva la diligencia debida marcaría con CROME el propio contenido y extensión de la prestación: "der Inhalt der Verpflichtung beschränkt sich darauf, dass ein gewisses Mass von Sorgfalt auf die Erfüllung verwendet wird" (System des Deutschen - Bürgerlichen Rechts.vol.II.1902 pág.65).
- (4) Para BRECHT basta que el deudor se comporte según su obligación (pflichtgemäss), y que por tanto responda por conducta contraria al deber incumplido (pflichtwidriges Verhalten), colocándose así como elemento esencial en el sistema de la responsabilidad contractual, el principio de la responsabilidad motivada por la lesión del - deber jurídico (ob.cit.págs.242 y ss). Para F. MORTILLARO, tampoco surge la responsabilidad -- cuando el deudor ha sido diligente, bien que de todas maneras haya surgido el incumplimiento por no haberse ejecutado la prestación de manera totalmente ordenada y satisfactoria (ob.cit.págs. 123 y ss). La posibilidad de la prestación en - el sistema del nuevo CC italiano, se hace depender y coincidir para BARASSI, con la zona o ám-

bito de aplicación de la diligencia (ob.cit.vol. III, págs.298 y ss). El "sentido subjetivo del contenido de la obligación -señala BELTRAN DE HEREDIA- es el predominante en los códigos civiles de tipo latino, preocupados de cualificar el comportamiento del deudor, de la culpabilidad (dolo y culpa) en materia de incumplimiento a los elementos puramente subjetivos y no a la simple falta de resultado de la prestación" -- (El cumplimiento...cit.pág.22).

- (5) Así HARTMANN (ob.cit.pág.163), quien concibe la obligación como aquella relación, orientada como medio jurídico al logro de una finalidad económico-social, tendente a que el acreedor consiga la satisfacción de un determinado interés suyo privado especialmente patrimonial (v.ob.cit. págs.31, 37, 53, 117 y ss). Frente a esta finalidad propia del acreedor, la actividad a que viene obligado el deudor, posee simplemente una función de medio.
- (6) Manifestándose la intensidad con fuerza diferente según la diversidad de supuestos, debe el deudor, ora una grande, ora una pequeña "Mass an -Pflicht" (HARTMANN ob.cit.págs.204, 214 y ss.).
- (7) Si el acreedor puede pretender del deudor, todo aquello exigencia de la buena fe, correlativamente, no puede exigir más del que requiera o permita aquella. (HARTMANN, ob.cit.pág.242).
- (8) HARTMANN ob.cit.págs.250 y ss.

B. Actividad y resultado en la prestación de servicios.

a) Insuficiencia de la concepción civil.

Considerar asiladamente la prestación de servicios, bien como "de actividad" bien como de "resultado" en sus acepciones terminológicas y conceptuales más estrictas, no es solo altamente peligroso para una recta concepción de su naturaleza jurídica, sino que además no refleja de manera real la propia dinámica en la --

que se desenvuelve la relación de trabajo. Lo adecuado -y por las razones que a continuación se van a exponer-, es el intento de encontrar una conexión razonable entre estos dos polos de tensión, que por lo demás, contienen muchos más puntos de afinidad de los que normalmente se les suele conceder.

La propia naturaleza de la ejecución o realización del trabajo, determina que las nociones de actividad y -- resultado, vengan afectadas de una gran imprecisión, lo que conlleva a que en la práctica se haga muy difícil el diferenciar de manera nítida cuando se está ante una prestación u obligación de mera actividad, y -- cuando ante una de resultado, entre otras cosas (1), porque la práctica laboral nos muestra la fuerte conexión por norma general existente entre ambas al considerar ya la diligencia incardinada dentro del propio deber de trabajar no constituyendo como se vió, ni deber autónomo, ni secundario (2).

Donde la diferenciación se presenta probablemente más difícil de realizar, es en aquel ámbito que contempla el interés del acreedor en el ordenado cumplimiento de la prestación (3).

Si se considera la obligación como constituyente de -- una obligación de resultado, el interés del acreedor, coincide con la producción de aquel , y sólo de esta manera se entiende cumplida la obligación. Si por el contrario se entiende la obligación como instrumento portador de una prestación de actividad, hay que admitir que cumpliéndose ya la obligación con la mera --

actuación diligente del obligado, debe quedar ya satisfecho el interés del acreedor (4) (5).

Si se trasplanta esta diferenciación al ámbito del Derecho del Trabajo, en base al interés del acreedor, hay que decir que la misma no puede ser aplicada sin reservas (6). De indicar aquí de nuevo es la naturaleza jurídica de la diligencia como exponente de una fuerte conexión existente entre ella y la prestación que produce la necesidad de contemplar la esfera de interés del empresario desde una perspectiva global que impide afirmar de manera nítida y con carácter general, el hecho de que el interés del empresario consista meramente, bien en el resultado, bien en la actividad; e incluso la existencia de intereses principales, frente a otros secundarios, que si bien pueden ser distinguibles en teoría, en la práctica resulta extremadamente difícil (7).

-
- (1) Dada la diversidad y complejidad de los métodos y técnicas modernas de producción, resulta imposible formular con carácter general y de manera nítida en el ámbito del Derecho del Trabajo, si la prestación es meramente de actividad, o por contra sólo de resultado, haciéndose depender de la concreta relación de trabajo en cada momento existente. Además, la consideración de los diversos métodos productivos, no alcanza verdadera relevancia para la determinación de la prestación, si no pasan de alguna manera a formar parte efectiva del contrato de trabajo, incardinándose en su objeto, por cuanto aún admitiendo como prestaciones objeto de una obligación de resultado, aquellas actividades que transforman de manera compleja la realidad, frente a aquellas otras que producen trans--

formaciones simples, "habria que marcar la línea divisoria entre lo que se considera una mutación compleja... y lo que se estima una mutación simple, lo cual a más de ser extremadamente difícil, significa reconducir una distinción jurídica a unos criterios exclusivamente técnico-productivos". (así RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit.págs.135-136, quién basa su acertada crítica en la distinción que CORRADO hace de la actividad como instrumento transformador de la realidad en los términos arriba expuestos).

- (2) Como indica MONTTOYA MELGAR, "a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de dar, en las de hacer - (específicamente, en la de trabajo) el cumplimiento no es susceptible de una valoración única y total, - realizable en el momento de la entrega, sino que ese cumplimiento es todo un proceso de actividad productiva..." El poder...ob.cit.págs.55-56. La cursiva es -- nuestra). Consistiendo la obligación en restituir el objeto prestado, pagar la deuda, o entregar al comprador la mercancía adquirida, la propia conducta o actividad del deudor queda relegada a un segundo plano, su esmero y esfuerzo observado en el cumplimiento, en -- cierta manera inconsiderado. Al ser el fin objetivo -- del negocio, lo que en definitiva prima en esta clase de obligaciones, no supone prestación en el fondo la satisfacción de los intereses del acreedor a través -- de la propia actividad de la persona del deudor, lo que es impensable en la relación de trabajo -- (v.MONTTOYA MELGAR ob.cit.págs.62-53), sino solamente el mero hecho del cumplimiento, por lo que no es extraño, el que un tercero ajeno a la relación jurídica establecida, pueda cumplir la obligación asumida por aquel -- (art.1158 CC; en sentido contrario el art.1161 CC para las obligaciones de hacer), satisfaciendo así el -- interés del acreedor (si bien como indica BELTRAN DE HEREDIA), "desde el punto de vista del cumplimiento -- en sentido estricto, debe ser considerado,...como un cumplimiento incompleto de la obligación desde el momento en que falta la cooperación del deudor", ob.cit. pág.131 v.también pág.132); surgiendo de esta manera una cierta desconexión entre diligencia y prestación, al no poseer aquella por principio un efecto inmediato y directo en esta, lo que a su vez relega la actividad del deudor a una posición secundaria de segundo plano, que puede o no (¡sin embargo no necesaria o -- forzosamente!) influir en el satisfactorio cumplimiento de la obligación. Claramente se observa esta desconexión en las acertadas consideraciones de LOEWISCH M.:

"Gattungsschuldner und Geldschuldner haften bei Nichterfüllung auf Schadenersatz, auch wenn sie alle Sorgfalt beachtet und etwa infolge unvorhersehbarer - - Schicksalsschläge unvermügend geworden sind. Wer es vertraglich übernommen hat, für einen Erfolg einzustehen, muss Schadenersatz leisten, wenn der Erfolg - - nicht eintritt, gleichgültig, welche Anstrengungen er zu seiner Herbeiführung unternommen hat, Acp 1965 - - (165) pág.439, v.asimismo BELTRAN DE HEREDIA, ob.cit. págs.155 y ss en especial pág.157; y E.BETTI, ob.cit. pag.39. El deudor se prepara meramente para el cumplimiento, sin incidencia forzosa en este, lo que no ocurre en la relación de trabajo, donde la estrecha conexión o incidencia, se manifiesta en cualesquiera de sus esferas: cuando se entiende la diligencia como intensidad o celeridad en la ejecución del trabajo (piénsese en el cambio de actitud y actividad del camarero ante la afluencia de clientes al bar en horas determinadas del día); cuando mayormente refleja el cuidado o esmero (piénsese en el manejo y daño a una máquina - de costosa reparación, que además provoca una paralización del trabajo); o cuando refleja el propio comportamiento personal del trabajador (porque por ejemplo con sus charlas, conducta o actitud, ocasiona la distracción de sus compañeros, llega tarde o falta a su trabajo etc.etc.). Cuando se descuida y no se observa la diligencia debida, no se hace referencia sin más a una conducta reprochable del trabajador, que puede o no tener incidencia sobre la ordenada y satisfactoria ejecución del trabajo; sino también y como consecuencia inmediata, a sus efectos reales y tangibles: insatisfactoria ejecución de la prestación, mal aprovechamiento del tiempo de trabajo, producción de daños - materiales, resultado defectuoso del trabajo etc.

- (3) De no olvidar también es la quiebra que para tal distinción supone el considerar la obligación bajo el -- punto de vista dinámico en el que prima la consideración a la actividad. (en este sentido RODRIGUEZ BORBOLLA, ob.cit.pág.137. v.asimismo MONTOYA MELGAR ob.cit. págs.64-65; MOLITOR. SAE.1961 págs.165 y ss. G. WIESE. Festchrift für Nipperdey I.1965.ob.cit.págs.844 y ss).
- (4) Interés jurídicamente relevante. Pues efectivamente - pudo haberse producido el cumplimiento diligente de - la obligación, no produciéndose sin embargo aquellas circunstancias que hubiesen satisfecho el interés (personal que no jurídico) del acreedor. Desde la perspectiva de la teoría general de las obligaciones cumpliría así el trabajador su obligación en sentido restringido, no probablemente en sentido amplio (sobre esto v.

- (5) En el primer caso, sería la diligencia la que tendría que adaptarse al imperativo contenido en la prestación: la consecución de un determinado resultado; la exigibilidad de la diligencia se extendería hasta el límite de la producción de aquel. Por el contrario en el segundo, sería la prestación la que se acomodaría a la diligencia exigible al obligado. En ambos supuestos el interés del acreedor no podría ir más allá, -- que en los términos expuestos.
- (6) Incluso dentro de la propia esfera de la teoría general de las obligaciones "ya que ello significaría enfocar la teoría del cumplimiento de las obligaciones con una doble perspectiva: en un caso se entiende el cumplimiento como satisfacción del interés del acreedor, en el otro, como ejecución de la actividad debida por el deudor". RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit.pág.139).
- (7) Sin duda el interés del empresario reside en el satisfactorio cumplimiento de la prestación. El cumplimiento no refleja sin embargo la mera aparición del resultado o actividad del trabajo, sino más bien la manera o modo de como este se ha producido a tenor de la diligencia observada. Y es en este binomio donde encuentra cobijo el verdadero interés del empresario. Piénsese en el trabajador que debe transportar y entregar una determinada mercancía. Difícil sería de admitir -- que en esto consistiese meramente el interés del empresario (por cuanto tampoco constituye en sí el deber o prestación principal del trabajador), cuando incluso producida aquella entrega, (entregar la mercancía), ha sido no obstante efectuada con excesivo retraso -- (entregar la mercancía puntualmente), no llegando a su destino en óptimas condiciones, por falta de medidas -- adecuadas de protección en su transporte, (entregar la mercancía puntualmente y en buen estado), ocasionando daños en el vehículo de la empresa (entregar la mercancía, puntualmente, en buen estado, sin daños a los materiales, herramientas o instrumentos de trabajo) , etc. ¿Dónde reside aquí --(el supuesto contemplado no sino un modelo en el que puede verse reflejada toda -- actividad imaginable)-- el interés del empresario?; -- ¿en la actividad?; ¿en el resultado?; ¿qué constituye aquí el resultado de manera nítida y concluyente?; -- ¿o qué la actividad?; ¿se puede hablar bajo tales presupuestos de un interés principal del empresario fren

te a otros secundarios?; ¿no se está contemplando - más bien un interés global, acorde con la naturaleza y el carácter de la prestación de servicios?. Se me^ujantes preguntas podrían en mayor o menor grado, como se dijo, repetirse en cualesquiera supuestos - que trajésemos a colación. Piénsese en el trabaja--dor que asume la actividad de producir un determinado número de piezas y aún consiguiéndolas, ocasiona daños en los materiales o herramientas de trabajo, - derrocha energía o materias primas con las que realiza su actividad, promueve frecuentemente algaradas o pependencias con sus compañeros de trabajo, o los distrae de sus ocupaciones, dilata las pausas de descanso etc.etc.

b) La interpretación laboral.

Siendo la de trabajo una prestación de hacer, la - obligación del trabajador, se sustancia fundamen--talmente por los cauces de una prestación de con--ducta o actividad (1), más que por aquella otra de la consecución de un resultado en sentido estricto por cuanto que en definitiva, "a lo que el trabajador se obliga es a trabajar, y por tanto a prestar un servicio; su deuda es de actividad y no de re--sultado, y aquella y no este es lo que se remunera" (2), no debiéndose propiamente en la prestación de servicios un resultado, sino más bien el desarrollo de una actividad productiva en interés del acreedor, actividad que debe ser controlada según criterios de diligencia y habilidad técnica (3).

La llamada a la actividad es la primera que se manifiesta pues en la relación de trabajo. Si el --trabajador debe realizar su prestación con el empleo de la diligencia exigible, se puede probable

219

mente afirmar que no está obligado a realizar -- aquella, cuando la altura con que la misma le -- viene exigida, rebase lo debido de su diligencia, o dicho de otra manera, está obligado al desarro-- llo y ejecución de la prestación en cuanto esta, (o hasta la altura en que la misma), pueda ser -- cumplida y satisfecha mediante su actuación dili-- gente (4).

Y esto es así por cuanto diligencia y prestación, se ajustan, motivan o requieren de una manera re-- cípoca. La actividad del trabajador no va dirigi-- da sin más a conseguir una prestación o resultado determinado, como tampoco uno cualquiera, sino -- aquel que precisamente va a originarse con el em-- pleo de la diligencia debida. Se da así, y en pri-- mer estadio, la conexión entre actividad y resul-- tado en la relación de trabajo. El resultado no -- puede ser otro que aquel derivado de la actividad del trabajador mediante la aplicación a la misma -- de su actuación diligente, porque en principio el trabajador no debe aquello, que incluso con la ob-- servancia de la diligencia debida no pueda ser -- realizado (5).

Esta, pone en un mismo plano de actividad del tra-- bajador y resultado del trabajo, limitando además la altura e extensión de la prestación a la medida de diligencia exigible. Una interpretación adecua-- da y correcta de la diligencia, posee el valor de señalar la frontera del contenido obligacional de la prestación del trabajador.

La relación entre actividad y resultado no termina

sin embargo aquí, sino que se extiende además a aquellos extremos en los que el resultado, o la exigencia de una actividad productora de un resultado determinado, puede efectivamente ser otro distinto del que se originaría con la aplicación de la diligencia exigible.

Lo dicho viene normalmente derivado de que la actividad diligente del trabajador, produce un resultado esperado y exigido, que satisface el interés del empresario. Cuando la diligencia exigida y esperada del trabajador coincide con la ejecución satisfactoria de la prestación, no se produce ninguna alteración en la relación de trabajo, que transcurre sin incidentes. Cuando de hecho no ocurre así, surge una diferencia entre el resultado producto de la actividad del trabajador, y - - aquel otro esperado, diferencia sobre la que se - hace necesaria una valoración, para determinar -- quien debe responder (si trabajador o empresario) del incumplimiento de la prestación (6).

En cuanto que ya el trabajador promete la ejecución de un trabajo o la prestación de un servicio -y aquí viene el segundo estadio de la conexión entre la deuda de actividad y la deuda de resultado-, no se puede dejar como único o aislado contenido obligatorio, el empleo por aquel del cuidado, esfuerzo y medios necesarios, su diligencia en suma, dirigidos al cumplimiento de la prestación y a la consiguiente satisfacción del interés del empresario (7).

El resultado que debía haberse producido como consecuencia de una actividad esperada, es así ya -- "algo más", que el resultante de la mera aplicación de la diligencia a la actividad del trabajador, cuando así lo haya asumido al tiempo de la contratación, aceptando o prometiendo cumplir la misma, o ejecutar un trabajo, que después no ha podido realizar de manera satisfactoria y ordenada a como lo había asumido (8).

Desde esta perspectiva es acertado indicar que el trabajador no debe sólo diligencia, cuando su aplicación no basta para satisfacer el interés del empresario (9), al no cumplir aquello a lo que el -- trabajador contractualmente se había comprometido (10).

El contenido de la prestación del trabajador y su diligencia debida, constituyen una relación indisoluble, lo que hace que actividad y resultado no -- sean susceptibles de separación de manera nítida en la relación de trabajo. El trabajador no debe sin -- más el desarrollo de una prestación, la ejecución de un trabajo, sino aquel que pueda efectivamente realizar con el empleo de la diligencia contractual debida. En atención a aquello asumido en el contrato es por tanto de examinar y juzgar si una determinada conducta o actitud del trabajador necesaria para el cumplimiento de la prestación se encuentra ya incardinada en su diligencia debida, resultándose por tanto la correlativa obligación o no del trabajador en observarla.

La cuestión, por ser contraria a la propia realidad laboral, no radica por tanto en saber o deter-

minar, si el trabajador debe una prestación reflejo de un resultado, o simplemente su actividad diligente; sino que debe en efecto una determinada prestación en la medida en que esta se resulta de la diligencia por él debida y exigible. Bajo tales consideraciones debe verse la íntima conexión entre deuda de actividad y deuda de resultado. Si este último aisladamente considerado puede alcanzar mayor relevancia jurídica que aquel otro derivado de la actividad exigible al trabajador, es un problema a resolver en atención al contenido obligatorio del contrato asumido por el trabajador. No mediando su negligencia al tiempo de la contratación, es de indicar que la cuestión de si el cumplimiento de la prestación puede ser llevado a cabo bajo el empleo de la diligencia debida, no es otra que la propia de si la obligación del trabajador a la realización o desarrollo de la prestación, en un grado que excede del de su diligencia debida, está o no justificada, ha nacido o no, y por lo tanto es o no de exigir.

-
- (1) MONTROYA MELGAR ob.cit.pág.55.
 - (2) ALONSO OLEA. Derecho...3 edic.cit.pág.14 (v.también GONZALEZ ENCABO en Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases. Madrid.1971, págs. 50 y 51). En el mismo sentido HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.págs.134 y 135; NIKISCH, ob.cit.I.pág.159; A.SOELLNER. Arbeitsrecht.1.edic.1969.pág.22.
 - (3) E.BETTI ob.cit.pág.142 (v.asimismo págs.38 y ss).

- (4) Cuando conforme a las circunstancias del caso concreto, no se puede exigir al trabajador una determinada actuación, el cumplimiento "real" de la obligación existe, aunque aquel otro "ideal" o absoluto (por contemplar un deseo o interés del empresario -inexigible jurídicamente), no se haya en efecto producido. Con otras palabras: si la conducta o actitud A, es de necesaria observancia a fin de conseguir -que ocurra B, no pudiendo serle exigido al trabajador la realización de A, porque no entra dentro del ámbito de su diligencia debida, entonces, no puede serle tampoco exigido la consecución de B, por cuanto tal afirmación llevaría a la correlativa de A, y así estaríamos exigiendo en realidad algo al trabajador (por lo demás en virtud de un título jurídico -en este punto inexistente), que jurídicamente es --inexigible. Si se piensa lo contrario, quedaría perjudicada (cuando no destruída) en el ámbito laboral, la fuerte conexión existente entre la prestación entendida con SAVIGNY, como objeto de la obligación, y el deber de prestación como su esencia. (Obligations recht.I.págs.4 y ss.Berlín 1851/53). Constituiría --así el deber de prestación no ya un mero "elemento eliminante de la libertad personal del sujeto", conforme a una proyección razonable de la propia noción de la "obligación", sino que por el contrario sería ya instrumento apropiado que fundamentase la aparición de la "tiranía jurídica" del acreedor sobre el deudor a la que hacía referencia BARASSI. (v.página 164 de la II parte de la tesis.)
- (5) No puede decirse con SIBER que el deudor está obligado a la producción de in resultado, y no meramente al intento de que este ocurra (Herstellungsver-such), mediante el empleo de la diligencia, porque entonces la prestación debida -prosigue el autor-- sería solamente un intento, yéndose así contra las -normas procesales que juzgan precisamente sobre la prestación y no meramente sobre un "Leistungsversuch" (ob.cit.págs.177 y ss.). Pensar así para la relación de trabajo significa aislar el resultado de la diligencia exigible al quedar esta como secundaria y --aquella como principal, lo que como se sabe no se --corresponde con el carácter de la prestación de servicios. Si la diligencia va unida "en un todo" a la prestación, modalizándola, no es ya procedente hablar ni siquiera de intento, por cuanto el trabajador cumple efectivamente su prestación con el empleo de su diligencia debida: lo que de esto se origina

es precisamente el cumplimiento de su obligación, a través de un determinado resultado en su trabajo y no otro. El juicio de valoración no atiende aisladamente ni a la sola diligencia entendida como "intento", ni tampoco, sin más, a la mera consideración de la prestación; sino que aquel viene instrumentado, a través de una perspectiva conjunta. Así, se evita de un lado el caer en la estimación de la prestación de servicios como una mera deuda de resultado; y de otro el peligro de argumentar, caso de afirmar que el trabajador debe solamente diligencia y no la prestación en sí, que la reclamación del empresario iría dirigida a la exigencia del cumplimiento de una prestación, que el trabajador no debe. El interés del empresario está localizado de manera esencial en que el trabajador realice y cumpla su prestación. La demanda de tal cumplimiento se dirige efectivamente a la exigencia de la realización de aquella. Ahora bien, esto puede sólo prosperar -siendo lo decisivo-cuando la prestación pueda ser realizada mediante la actuación diligente del trabajador. Así se determina la negligencia del trabajador, en base a juzgar por un lado el propio deber de prestación, y por otro el grado de diligencia empleado por el trabajador en cumplir y realizar aquella. El mismo SIBER acérrimo contradictor de las posturas que conciben la obligación como una deuda fundamentalmente de actividad y no de resultado, no identifica del todo la aparición de la negligencia, con la no consecución del mismo, al reconocer como causa de liberación del deudor al lado de la imposibilidad, lo que él ha denominado "überobligationsmässige Schwierigkeit", es decir, una dificultad tal, "deren Nichtüberwindung nach den parágrafos 276-278 BGB, por tanto aún con el empleo de la diligencia debida, -- nicht vom Schuldner zu vertreten ist..."; en PLANCK, 4 edic.II.cit.pág.208).

- (6) v. RUETHERS. ZFA 1973. págs. 399 y ss.
- (7) Porque la consideración al resultado mismo haya pasado en cierta manera a constituir parte integrante del objeto del contrato, operándose una "transposición frutos-trabajo como objeto del contrato de trabajo..." "siendo este el punto donde tienden a confundirse la ejecución de obra y la prestación de --

servicios" (ALONSO OLEA. Introducción...cit.pág. - 208). BETTI (ob.cit.pág.39), para quien la diferencia entre una y otra es "intuitiva", parece no renunciar del todo a la noción de diligencia como modalizadora de la obligación de actividad, incluso en el contrato de ejecución de obra. Aquí lo debido por el deudor es el resultado de un obrar, no - el mero despliegue o desarrollo de una actividad, - "si este resultado falta, por muy grande que haya podido ser el esfuerzo desplegado por el deudor, no hay cumplimiento del contrato (pág.39). Más adelante indica sin embargo, "que el criterio de la diligencia tiene indudablemente razón de ser cuando se trata de valorar aquella actividad que se podría - llamar instrumental y que el deudor estaba obligado a desplegar para producir el "opus" debido. Pero, evidentemente, no es suficiente que el deudor demuestre haber desplegado según las reglas del arte, una actividad instrumental, que en sí misma habría sido apta para producir aquel resultado útil. Es necesario que llegue a realizar el opus, y sólo puede exonerarse de responsabilidad, demostrando que la realización de ese opus le ha sido impedida por una causa extraña a su esfera de control, por una causa no imputable a él, que no ha podido superar poniendo en acción aquel grado de empeño, de esfuerzo, que le estaba exigido, según el tipo de la relación - - obligatoria de que se trataba" (ob.cit.págs.142-143)

- (8) Es así como el derecho del acreedor -que no puede -
ner como único contenido, el comportamiento personal del deudor- reflejo de un interés protegido por la ley frente al deudor, quedaría asegurado de ser puramente ilusorio. (v.BELTRAN DE HEREDIA. ob.cita. págs.37-38).
- (9) Aquello que de manera razonable puede esperar el empresario, alcanza así gran relevancia en la configuración de la obligación. "No tanto el deber de prestación del deudor cuanto la expectativa del acreedor es lo que constituye la finalidad fundamental, en la que se centra y sobre la que gira la relación obligatoria en derecho moderno" (BETTI.ob.cit.págs. 365-366).
- (10) De esta manera la actuación diligente del trabajador puede ser insuficiente, para su exoneración, y evitar así el quedar incurso en responsabilidad por incumplimiento de la obligación. Puede ocurrir efec

tivamente ya dentro de la propia dinámica de la relación de trabajo, que incluso mediando actuación "diligente", no se produzca sin embargo un cumplimiento satisfactorio de la prestación, que va a -- ser imputable al propio trabajador, no sin embargo porque pueda considerarse que haya obrado negligentemente al tiempo de la ejecución de su trabajo, - sino porque lo había hecho ya al tiempo de la contratación, debiendo así responder de la diferencia entre lo efectivamente realizado y lo prometido en el contrato. Este determina y fija el contenido de la prestación, proyectando en mayor o menor grado la actividad del trabajador a la consecución de un cierto resultado así como la diligencia a emplear - en función de uno y otro, lo que conlleva siempre a examinar, cuando las exigencias contenidas en el mismo sean o no justas y equitativas.

3. La medida de la diligencia exigible.

A. El art.60 LCT.

Nuestra LCT en su art.60, reflejando en lo fundamental la medida de la diligencia contenida en el art. 1104 CC, establece ya con propia terminología laboral la diligencia debida del trabajador (1) que -- "estará" determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador, que debe conocer el empresario" (2). Contiene así nuestra LCT junto a una medida objetiva de la diligencia exigible, "la especialidad habitual" del trabajo, otra de carácter subjetivo en atención a "las facultades y peculiaridades del trabajador", en una interrelación tal que, efectivamente puede decirse que, no obstante refleja las dos; "el Derecho del Trabajo español no consagra en forma decidida la diligencia in abstracto, pero tampoco la in concreto" (3).

- (1) Constituyendo así el art.60 LCT, como señala - PEREZ BOTIJA, junto con el art.70 del mismo -- cuerpo legal, el "contenido ético del contrato". (cit.en CARRO IGLEMO. El despido justo. Barcelona.1958.pág.118).
- (2) Parecidas formulaciones adopta el derecho comparado. Así el CC italiano en su art.1176.2.señala que: "Nell adempimento delle obbligazioni -- inerenti all esercizio di una attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo - alla natura dell'attività esercitata". En tales supuestos la diligencia "debe medirse y apreciarse según una medida y criterio de habilidad técnica" (BETTI ob.cit.pág.126). En conexión con el art.1176.2.mencionado se encuentra el art.2104.1: "Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Pf.2: Deve -- inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende". En términos quizás mas precisos y adecuados se expresa el código de las obligaciones suizo en su art.321.e.2.: "La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître". El art.321.a n.1, refiriéndose también a la diligencia, así como a la fidelidad del trabajador, señala que este debe ejecutar "avec soin" el trabajo que le es confiado. El Código de Trabajo de Costa Rica, - señala en su art.71 ap. b) como obligación del trabajador, la de "ejecutar el trabajo con la - intensidad, cuidado y esmero apropiados...".
- (3) CREMADES. La sanción...cit.pág.192, quien asimismo en pág.193 señala que, "nuestra Ley de contrato de trabajo, en su art.60 in fine, impide trazar límites con carácter general a la diligencia con que debe prestar el trabajador". Lo que podría afirmarse también del derecho suizo a tenor del art.321 e 2., mencionado, así como

del derecho alemán, lo que tendremos ocasion - de ver.

B. Subjetividad y objetividad en la diligencia del trabajador.

Con anterioridad se ha señalado ya (1) que junto a la objetividad, la llamada a la subjetividad de la diligencia se hace de todo punto necesaria, no solo ya por el propio imperativo legal del art.60 LCT (2), sino, e incluso más en un primer plano, por los principios esenciales que conforman el Derecho del Trabajo como regulador del trabajo "humano" (3).

Sin desconocer las dificultades que conlleva la llamada a la subjetividad (4), su consideración debe estar, y está de hecho presente en la vida laboral práctica junto a la objetividad (5), lo que lejos de ser ~~reflejo de un supuesto retroceso jurídico que impida~~ la evolución del derecho (6), proyecta la diligencia en sus verdaderos términos reales, tanto más, cuanto si esta noción plural se contempla en sus diversas manifestaciones, cada una de las cuales, gira en torno a una consideración fundamental de la que en ningún momento se puede prescindir: el ser humano plasmado en la propia persona del trabajador (7).

(1) v.pags.169 y ss.de este trabajo.

(2) Hecho que -como señala B.CREMADES- supone ya "una

afirmación incondicional" de la subjetividad. (ob.cit.pág.193 v.asimismo MONTOYA MELGAR, Derecho...cit.pág.64).

- (3) "La radical singularidad del trabajo como objeto de una relación jurídica reside en que, no confundiendo con la persona que lo ejecuta, resulta ser algo personal e íntimo, una emanación de la personalidad del ejecutor" (ALONSO OLEA. Introducción...cit.pág.206.v.también pág.208).- El trabajador, "no se obliga a la mera cesión de un valor patrimonial, sino al empleo de su persona; el trabajador no debe tanto la prestación, como su fuerza de trabajo, de la que sólo puede derivarse la prestación..." (RODRIGUEZ PÍÑERO.RPS.1966.n.71.pág.167).
- (4) Dificultades tales como la propia interpretación de la subjetividad, el ser de difícil conocimiento por el empresario, así como los problemas que su aplicación puede proyectar sobre el principio del tratamiento igual, etc, han sido utilizados por algunos autores para desistir de la misma -- (v.RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit.págs.163-164).
- (5) Por cuanto que el trabajo, objeto de nuestra disciplina, es el "trabajo personal...; el trabajo ~~a cuya realización se comprometen de modo per-~~sonalísimo seres humano, personas físicas o naturales..." (así MONTOYA MELGAR, quién indica con -- PERSIANI, que "la implicación de la persona del trabajador en la actividad laboral determina una exigencia de tutela de su libertad y su personalidad". Derecho del Trabajo. Concepto y Evolución.1973.págs.24 y 25).
- (6) Cfr.sin embargo RODRIGUEZ BORBOLLA.ob.cit.págs.163-164.
- (7) Llevar la objetividad a sus consideraciones más absolutas, sería en definitiva borrar la personalidad del trabajador en su trabajo, en cierta manera "cosificándolo" y no "personalizándolo", -- con lo que de nuevo nos encontraríamos ante formas de esclavitud o servidumbre laboral, o de -- nuevo y asimismo frente a las abandonadas tesis del trabajo-mercancia. No se debe intentar "ais-

lar el trabajo del trabajador para operar con - aquel como un puro objeto"; "el aislamiento y - la objetivación del sujeto... son imposibles en cuanto se admita la existencia de personalidad en el trabajador; hay forzosamente que admitir que su voluntad de sujeto, consecuencia de la - personalidad reconocida, influye sobre su trabajo como objeto..." (ALONSO OLEA. Introducción... cit.págs.206-207 v.también BORRAJO DACRUZ. Introducción al Derecho Español del Trabajo. 2 edc. págs.48 y ss. RIVERO LAMAS. Instituciones de Derecho del Trabajo. Zaragoza 1977.pág.51).

C. Tensión entre lo objetivo y lo subjetivo.

Afirmada la consideración tanto a la objetividad como a la subjetividad en el ámbito de la diligencia del trabajador, surge el problema en saber valorar cual sea la relación existente entre ambas interpretaciones de la diligencia, de la que se resulte el juicio de valoración de la negligencia en la actuación del trabajador. Al igual que en el ámbito del Derecho Común, se plantean también dudas en el propio del Derecho del Trabajo, acerca de lo que deba entenderse como diligencia debida. Tales dudas que oscilan, según lo expuesto entre lo objetivo y lo subjetivo, crean un campo de tensión de importancia capital, que sumerge - con mayor o menor intensidad a la dinámica de la relación de trabajo en una cierta inseguridad según las características del caso concreto.

El Derecho Común, como se sabe, no toma en consideración por regla general, la personal aptitud

y capacidad del sujeto, sino que declara por contra la virtualidad de lo subjetivamente posible: aquella determinada conducta o actuación, era en efecto de posible observancia por otras personas -en definitiva por cualquier medida objetiva que se quiera traer al caso, ahora no importa cual - no lo era sin embargo para el sujeto en el caso concreto.

Si se contempla la individualidad de la relación jurídica en sentido estricto, se muestra que esta no es en efecto constitutiva de un deber u obligación jurídica que toque a otras personas, sino -- que simplemente se trata de una obligación que -- concierne única y exclusivamente a un determinado sujeto, por lo que aquella debe ir relacionada en primer término con la individual aptitud y capacidad de este (1). De esta manera, y presupuesto que son conocidas las aptitudes del sujeto (2), aún - afirmando la objetividad, quedaría esta sin efecto real de aplicación, en base a la fuerte consideración de la subjetividad (3).

Sin embargo, la consideración a la individualidad o personalidad del sujeto que es la que debe primar en el Derecho del Trabajo, si bien necesaria, no consigue por si sola una adecuada protección a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico, al no contemplar, cuando así sea el caso, la proyección real y efectiva del contenido obligacional asumido en el contrato, quedando de esta manera prácticamente inexistentes, las consecuencias jurídicas resultantes de la lesión de la obliga--

ción, poniendo en duda, la operatividad o incluso la propia existencia del deber jurídico, por cuanto sería muy difícil demostrar su alcance práctico más allá de lo que el sujeto realmente ha hecho o podido (4).

Se hace así necesario proyectar a terrenos objetivos la estimación o valoración de la subjetividad del obligado. Este, bajo la última perspectiva -- mencionada, debe evitar aquella actuación o comportamiento que deje incumplida la obligación, -- cuando efectivamente pueda. Sin embargo --y aquí está el núcleo verdaderamente relevante de la cuestión-- este "poder cumplir", no va reconducido totalmente a la esfera del obligado, sino por el -- contrario al juicio que del cumplimiento mismo, y sin abandonar la consideración a la personalidad del sujeto (5), se haya formado el propio ordenamiento jurídico (6). El juicio de valor que sobre la negligencia del trabajador va a realizar el -- propio ordenamiento jurídico a través del arbitrio judicial, necesita sin embargo además de un instrumento jurídico que conexione de una manera efectiva en la práctica la llamada conjunta a la objetividad y subjetividad; que nos indique de alguna manera cuando vaya a primar una sobre la otra, o cómo van a jugar ambas en una determinada relación de trabajo, y que dé asimismo respuesta adecuada al porqué de la necesidad de apariencia jurídica, así como de la protección a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico. El medio apto para la

consecución de tales objetivos, no es otro si no el propio contrato de trabajo.

Partiendo de este (7), la diligencia no debe ser considerada en primer término, ni objetiva ni -- subjetiva en los términos que razonablemente se deriven del contrato (8).

Este se constituye así en el mecanismo idóneo que proporciona, de un lado, los límites en que debe operar la zona de aplicación de la objetividad; - del otro el grado en que deba ser considerada la subjetividad, cuando teniendo en cuenta el supuesto concreto, el juez así lo considere necesario.

Reducción de la objetividad y dilatación de la subjetividad o viceversa, cuando procesa, no persi-- guen si no el ajustar la diligencia a lo que de - manera equitativa y razonable se derive de las -- obligaciones asumidas en el cont

va a resultar por consiguiente aquella diligencia que siendo exigible, es asimismo debida (10). Potencia así el tratamiento conjunto una medida diferenciada de diligencia en el trabajador, que - contemplando lo general y lo individual, se ajusta a aquello que para el caso concreto determina el ordenamiento jurídico en base al contenido y objeto de la obligación asumida en el contrato.- Se fija en definitiva la diligencia conforme al objeto y finalidad de la obligación.

La propia naturaleza del contrato de trabajo (11) exige el tratamiento conjunto de ambas interpre-

taciones de la diligencia, impidiendo su conside
ración aislada (12).

El propio mecanismo contractual debe procurar no obstante independientemente de lo en él asumido, una fórmula que de manera general abarque en lo posible la necesidad que la propia naturaleza de la relación de trabajo tiene tanto de la subjeti
vidad como de la objetividad. Bajo tales conside
raciones, no es pensable un modelo abstracto-objetivo del "buen trabajador" (13), aplicable a todos los trabajadores independientemente de su actividad, ni para cualquier actividad independientemente de los trabajadores que en concreto la vayan a ejecutar; ni incluso, general y aplicable para todos los trabajadores en una misma actividad.

or el contra

to del "buen ~~trabajador~~" para una determinada actividad, ejecutada por trabajadores de semejantes aptitudes y capacidades, en similares circunstancias y condiciones. De esta manera, proyectándose de otra parte la subjetividad del mismo hacia la abstracción (14). Es este el espacio de tensión entre lo subjetivo y lo objetivo del que se debe servir el juez para determinar la existencia o no de la negligencia en la actuación del trabajador, que va desde la diligencia subjetiva a aquella otra diligencia no observada que sin embargo es "debida", porque un grupo de trabajadores en seme

jante trabajo y circunstancias y con aptitudes - similares hubiera podido observarla.

Por consiguiente (15), debe aquello el trabaja-- dor que es de posible realización o ejecución -- por este, observando aquella diligencia que en - actividad semejante utilizaría un trabajador de semejantes características; o bien, y expresado de manera negativa, no debe aquello que tampoco sus compañeros de trabajo pudieran conseguir o realizar, aún habiendo observado una actuación - diligente. El problema central de la diligencia del trabajador, se sustancia así, de manera para- lela al ámbito civil, si bien teniendo presente - las características propias que de la prestación de servicios se han apuntado, no en el sentido de determinar la primacía de la objetividad sobre la subjetividad o viceversa, sino en el definir o - precisar dentro de los límites del contrato, has- ta què punto puede extenderse la objetividad de la diligencia exigible al trabajador, bajo la -- consideración a su subjetividad y, sin prescin-- dir en ningún momento de las peculiaridades propias y específicas que toda relación de trabajo encie- rra.

De señalar es finalmente una última cuestión, si bien será posteriormente examinada con mayor de- tenimiento al contemplar los diversos ámbitos en que se manifieste la diligencia. Esta es la rela- tiva al alcance y extensión de la diligencia sub- jetiva determinada por las facultades y peculiari-

dades del trabajador, conforme al art.60 LCT; lo que puede ser contemplado desde dos perspectivas fundamentales: una primera en un sentido restrictivo: la consideración a las facultades y peculiaridades del trabajador determina la no exigibilidad al mismo de aquello que rebase la frontera de su personal aptitud y capacidad; y una segunda en un sentido ampliatorio que es la ahora objeto primordial de atención: la posibilidad o no de que también la consideración a las facultades y peculiaridades del trabajador determine la exigibilidad al mismo de todo aquello que el puede ejecutar o realizar, aún cuando al hacerlo -- así, rebase la altura con que la prestación de servicios viene siendo ejecutada de manera normal por sus compañeros de trabajo. Dicho de otra manera, se trata en definitiva de determinar, hasta qué punto en las circunstancias expuestas va a ~~quedar el trabajador estrictamente sometido o~~ vinculado a su propia aptitud o capacidad, para que pueda hablarse de un verdadero y efectivo -- cumplimiento de la obligación de trabajar.

La respuesta a la cuestión planteada, una de las más complejas en el ámbito del Derecho del Trabajo, va a hacerse depender en atención a cada relación de trabajo en concreto, teniendo presente el espíritu del contenido obligacional del contrato que animó la misma, así como la forma en que el trabajador va a ser remunerado. En igual o mayor medida que lo anterior, va a hacerse depender

asimismo de las diversas manifestaciones que la diligencia adopta dentro de la propia dinámica de la relación de trabajo (16).

-
- (1) v.K.BINDING. Die Normen und ihre Uebertretung.II. - Leipzig 1877 (IV 509 nr.4).
- (2) Lo que se corresponde a las exigencias de nuestra disciplina (arts.60 LCT y 321.2 del Código de las Obligaciones suizo). Si de hecho no ocurre así, u ocurre pero defectuosamente, se plantea el problema fundamentalmente en el marco de la asunción inicial de la culpabilidad, bien por el trabajador, bien -- por el empresario al tiempo de la contratación como se verá.
- (3) Pues en efecto podríamos preguntarnos, qué utilidad tendría comparar la conducta del obligado con el -- comportamiento que en situación semejante observaría el hombre ideal, el hombre medio o cualquier -- otro criterio que queramos traer a colación. Si el obligado a causa de sus aptitudes personales no puede cumplir u observar aquello esperado por el ordenamiento jurídico, de poco vale compararle con un tipo abstracto de persona, real o imaginaria, por cuanto tal comparación sería de realización inviable. Si la diligencia subjetiva personal no satisface las exigencias objetivas, es decir, si se es "objetivamente incapaz", no se puede, por esta misma razón, obrar objetivamente de otra manera.
- (4) De resaltar son las grandes dificultades prácticas que la sola consideración de la personalidad del -- trabajador conlleva: lo puramente subjetivo no se puede reconocer nunca con absoluta claridad y seguridad. De no olvidar por otra parte es el hecho de que en la práctica, objetividad y subjetividad de la diligencia se presentan siempre o cuando menos frecuentemente entremezcladas, no pudiéndose separar con exactitud o nitidez. En nociones tan importantes como la previsibilidad o la evitabilidad, no

es posible discernir con claridad, si están colocadas, bien del lado objetivo, bien del lado subjetivo de la diligencia.

- (5) La llamada a la objetividad, no puede ser hasta tal punto considerada que borre la operatividad jurídica de la persona individualmente considerada, lo -- que no siendo ya oportuno en algunas esferas del Derecho Común, no lo es de ninguna manera en el ámbito de las relaciones de trabajo.
- (6) Este, con palabras de BINDING, emitiría su juicio - de valor sobre el obligado al decirle: "Du sollst - rechtswidriges Handeln vermeiden, soweit Du nach -- meiner Auffassung kannst" (Normen...cit.IV 512). La llamada a la objetividad, no es indicativa por tanto de la reprochabilidad personal de la conducta o actuación del trabajador, sino que su sentido viene estrictamente orientado a la negligencia, por inobservancia de la diligencia debida en el tráfico (en este sentido v. H.KAUFFMANN Aur 1963 pags.267 y ss. E. FREY, Aur 1959 págs.177 y ss. R. DOCKHORN Aur - 1960 págs.75 y ss.). La tarea es por tanto limitar esta negligencia objetiva, en base a la consideración de la propia personalidad del trabajador.
- (7) Como muy acertadamente lo hace el código de las -- obligaciones suizo en su art.321.e ya mencionado -- ("La mesure de la diligence incombant au travailleur se determine par le contrat...").
- (8) Una aclaración a tener presente cuando a partir de ahora se mencione el contrato de trabajo, como criterio fundamental determinante de la diligencia debida del trabajador, se hace necesaria, utilizando las propias palabras de ALONSO OLEA, que por su nitidez no necesitan explicación adicional:"...la - obligación única -por mucha que sea la complejidad interna de su contenido- que el trabajador ha asumido es la de cumplir un contrato, con arreglo a - normas contenidas en el propio contrato o fuera de él, (y aún puede llegar a mantenerse que el contrato de trabajo, en lo que expresamente no regule, - incorpora a sí propio la normativa general de la -- costumbre, del pacto colectivo o de la reglamentación), y que nada puede obligarle a ir más allá en

su cumplimiento de aquello a lo que contractualmente se obligó ni, inversamente, se le pueden sancionar actos y conductas, si no las que resulten contrarias a este cumplimiento que debe; o, lo que es igual, sólo son sancionables los actos o conductas que impliquen un incumplimiento contractual". (El Despido. Madrid 1958. pág. 120 y misma -- pág. nota n. 22, correspondiente a lo aquí mencionado entre paréntesis).

- (9) De esta manera prospera el intento de corregir los excesos a que la consideración aislada de la objetividad y subjetividad puede conllevar. Aquella -- por establecer una muy fuerte garantía contractual, lo que lleva a una asunción inicial de la culpabilidad por el trabajador al tiempo de la contratación, severamente objetiva; esta por la interpretación excesivamente individualista y personalista del espíritu del contrato. Sólo una posición intermedia es capaz de colocar de manera real y razonable, la voluntad contractual de las partes como -- punto de partida para la determinación de la diligencia. Hay que atender así en primer plano como -- indica LOEWISCH, qué exigencias establece el contrato a la diligencia del trabajador, conforme a -- la voluntad de las partes, qué comportamiento sea por tanto el acorde o adecuado con el espíritu del mismo (ACP cit. pág. 431). Se sigue de este modo impulsando la diligencia como noción permanentemente revisable, valorando y estimando la negligencia caso por caso, conforme a la obligación contractualmente asumida; examinando si aquella tiene ya lugar por la mera inobservancia de la diligencia objetiva, de la subjetiva, o si necesita, y en qué grado, el concurso de las dos. En no pocas ocasiones se van a considerar los momentos individuales de la persona del trabajador, indagando sobre la reprochabilidad de su conducta para la determinación de su culpabilidad, configurándose así la -- "culpa laboral" de tal manera que impida, a diferencia de la civil, el trazado de unas claras líneas divisorias de aquella con la denominada culpa penal.
- (10) El recurso al contrato como medio fundamental de -- interpretación de la diligencia exigible, no supo-

ne por tanto, prescindir de la consideración a la culpabilidad o negligencia del sujeto en orden a determinar su responsabilidad por incumplimiento.- Lo contrario supondría introducirnos en la mecánica de la responsabilidad propia del derecho anglosajón, donde no se tiene en cuenta la culpa (fault) sino, el mero hecho del incumplimiento (default). "Si me he comprometido a entregar una cosa o a realizar una obra y no la entrego o no la realizo, o lo que entrego o realizo, no corresponde a la prestación descrita al obligarme, incurro en responsabilidad, si no median razones positivas que puedan excusarme sin necesidad de averiguar si he incurrido en culpa, sino tan solo de saber si no he cumplido" (BUCKLAND and MCNAIR, Roman Law and Common Law, 2 edic. Cambridge. 1952. pág. 258). "Si una parte no cumple o no realiza lo que se ha comprometido a hacer, o puede justificar su incumplimiento o no puede. Si puede, no incurre en ninguna responsabilidad, si no puede ha quebrantado la obligación, y debe sufrir las consecuencias" (R.W.LEE. An Introduction to Roman-Dutch Law. 5 edic. Oxford. 1953. pág. 260). Tales posturas doctrinales, que recoge PUIG BRUTAU (Fundamentos... cit. tom. I vol. II pág. 420), -llegan sin embargo en la práctica a los mismos resultados, que las teorías sobre la culpabilidad -- del derecho continental europeo, en opinión acertada del citado autor (v. asimismo RIVERO LAMAS. Indemnización. (Derecho Laboral) Enciclopedia Jurídica SEIX, XI, pág. 219. La fuerte asunción inicial de la culpabilidad por el obligado al tiempo de la celebración del contrato, discurre por caminos semejantes a como lo hace en nuestro derecho. Las causas de justificación que eximen en aquel la responsabilidad por incumplimiento contractual, no suponen si no en el fondo, el exámen de la posible negligencia en el comportamiento del obligado. El hablar de causas de justificación, supone de una manera más o menos velada el afirmar la no negligencia; de lo contrario sería una causa que en efecto impediría el cumplimiento, que sin embargo no justificaría tal impedimento.

- (11) Por otra parte esta necesidad del tratamiento conjunto de la objetividad y subjetividad, encuentra también su apoyo y fundamento en la propia conside

ración del trabajo como objeto de la relación jurídica surgida entre trabajador y empresario. Si bien es patente la consideración a la individualidad del trabajador, por cuanto que lo que este realiza constituye como se vió una manifestación de su persona, no lo es menos la propia de la objetividad, por el mero hecho de que "el trabajo-objeto está indisolublemente unido al trabajador-sujeto, de forma que cuando se hace de aquel el objeto de una relación jurídica, en cierta manera se está objetivando al sujeto de la propia relación" (ALONSO OLEA. Introducción...ob.cit.págs.206; v.también págs.208-209). Señala MONTAÑA MELGAR -- que, "al ser la prestación de trabajo una prestación de actividad, y al ser inseparable esa actividad del sujeto que la produce, resulta que el interés que el empresario tiene sobre los frutos del trabajo, traslativamente, se convierte en interés sobre la actividad y, consiguientemente, sobre la propia persona del trabajador" (El poder... cit.págs.62-63).

- (12) Probablemente es este el único mecanismo que puede aportar claridad al problema de armonizar el sentido de las formulaciones legales o doctrinales de esta forma, sólo aparentemente contradictorias. En cuanto a las primeras baste aquí mencionar los propios términos en que se manifiesta el art.60 LCT (o, por su semejanza, también el art.321.e.2. del código suizo de las obligaciones), que persiguiendo una razonable conexión señala de un lado la determinación de la objetividad (referencia a la especialidad habitual) del otro la propia de la subjetividad (referencia a las facultades y peculiaridades del trabajador). En cuanto a las segundas, se encuentran mayormente en el ámbito de la doctrina alemana, por inexistencia en el derecho germano de precepto paralelo a nuestro -- art.60 LCT. Así señala NIKISCH (ob.cit.I.págs.300-301), que el empresario no puede exigir del trabajador más de lo que este pueda realizar según sus propias fuerzas y capacidad. Esto no significa -- continúa el citado autor -- que el trabajador menos capacitado pueda proceder "menos diligente" que otro cualquiera; también aquel, está obligado a observar la diligencia debida en el tráfico (parágrafo 276 BGB), que aún dentro de los distintos grupos --

que en este se distinguen, es de carácter objetivo. (Desde otra perspectiva, pero llegando en el fondo a planteamientos semejantes, v.HUECK/NIPPERDEY.ob.cit.I.pág.228).

- (13) Y mucho menos un modelo personal-subjetivo del "buen trabajador", por faltar obviamente por todos lados, puntos de referencia.
- (14) Es así como se palia en cierta manera, la imposibilidad humana de poder determinar con exactitud cual sea la frontera de lo subjetivamente posible, lo que además sólo de por sí, no garantiza dado el caso la protección a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico. Piénsese en los supuestos de previsibilidad o evitabilidad de tan difícil calificación e incardinación en una u otra esfera de la diligencia, como se decía: Ocurrido un determinado evento, positivo o negativo, que ni se sabe, ni hay posibilidad cierta de saber, si el trabajador hubiera posido evitarlo o preveerlo -- con el empleo de su diligencia, se va no obstante a considerar al trabajador como negligente porque "racionalmente" todo haría suponer que podría haberlo previsto y evitado; y aquí precisamente entra la referencia a lo objetivo, sin prescindir -- empero de lo subjetivo: se recurre a comparar su comportamiento, con lo que habría podido ser esperado de un trabajador en semejante actividad, -- circunstancias y aptitudes.
- (15) Se prescinde ahora de la asunción inicial de la culpabilidad por el trabajador al tiempo de la contratación que se verá con posterioridad detenidamente. La negligencia puede surgir efectivamente aún rebasados los términos arriba expuestos, de la conducta observada por el trabajador, al tiempo de celebrarse el contrato.
- (16) Relevante va a ser por consiguiente, si el trabajo es remunerado a tiempo o a rendimiento, si viene prefijado o no la consecución de un rendimiento -- mínimo exigible. Por otra parte la interpretación

de la subjetividad de la diligencia va a ser considerada distinta según estemos, ante su manifestación como intensidad o esfuerzo, como capacidad intelectual de discernir en la prevención o evitación de daños, como cuidado o esmero en la realización de la prestación, como conducta extralaboral tendente a mantener su capacidad productiva, etc.etc. De no olvidar, es lo ya señalado referente a que por norma general en las prestaciones de hacer, como lo es la de trabajo, el cumplimiento ordenado y satisfactorio, está sujeto a graduación y variabilidad, siendo por tanto "perfeccionable" - en su ejecución. La satisfacción del interés del empresario, puede subir de grado al hacerlo a su vez la capacidad y aptitud del trabajador. El desistimiento o renuncia de este al empleo de una diligencia mayor cuando efectivamente pueda, debe ser contemplado bajo el prisma del cumplimiento contractual conforme al art.1258 CC, lo que va a tener no poca influencia y relevancia en la exigibilidad o no, de una determinada conducta al trabajador.

D. La relevancia de la costumbre.

Las consideraciones hechas caminan no obstante por el sendero de lo programático o general, sin que consigan descender del todo a términos verdaderamente reales y concretos que materialicen totalmente su contenido en la vida práctica laboral. Se necesita en consecuencia de un instrumento que ayude a precisar más lo debido de la diligencia, que sirva por otra parte para contrastar con la realidad, el ámbito objetivo y subjetivo en que se mueve la diligencia del trabajador. Para ello se cuenta sin duda con ciertas normas jurídicas que sin embargo, no consiguen por sí solas resolver con acierto y suficiencia las cuestiones relativas a la diligencia debida.

Por otra parte, estas no constituyen en el fondo sino un componente más de la totalidad de aquellas que --tratan de regular el comportamiento del ser humano.-- Existen por tanto otras, que no emanan del estado, --sino que su origen lo toman de una actuación espontánea y general de la comunidad, surgiendo así la costumbre con relevancia jurídica, derivada de la noción más amplia y general de usos sociales (1).

Puede conceptuarse a la costumbre laboral como la --"norma jurídica creada por la práctica repetida, uniforme y constante de los sujetos del Derecho del Trabajo al relacionarse entre sí, y que es aceptada, expresa o tácitamente, por el Estado y los demás entes capaces de establecer normas estrictas (2).

Prescindiendo de otras manifestaciones de la costumbre, por no constituir aquí objeto directo de estudio (3), se hace aquí necesario examinar el grado de relevancia que la misma tiene en relación a la intensidad aplicable o exigible al trabajador en la ejecución de su trabajo determinante de su rendimiento, --así como en conexión con la conducta o comportamiento que debe observar aquel, todo lo que no es si no exponerle de la importancia de la misma como función interpretativa de la diligencia contractual debida. En esta línea, la cuestión que fundamentalmente plantea la costumbre laboral en el ámbito de la diligencia es la de saber hasta qué punto se constituye --aquella en elemento determinante de la medida de la diligencia exigible.

Pasados los primeros momentos en los que la intensidad del trabajo exigido era tal, que ocasionaba frecuentemente el agotamiento físico del trabajador, - puede decirse que la costumbre local y profesional ha sido el instrumento principal conformador de la medida de la diligencia exigible, que concretizaba así de alguna manera en la vida real la normativa programática sobre la misma, contenida en el ordenamiento jurídico. La intensidad exigida al trabaja--dor en la ejecución de su trabajo, no venía regula--da en precepto escrito alguno, ni legal ni contrac--tual, con lo que tendió paulatinamente a ser aquella, que de manera normal o habitual se venía desarrol^lan--do para la ejecución de una determinada actividad.

Así, al igual que en el ámbito del Derecho Común, - también en la esfera del Derecho del Trabajo, lo --normal devenía en norma (4). El rendimiento debido por el trabajador reflejaba de esta manera aquel --que por mera repetición había cristalizado en el --acostumbrado o usual. Este no era sino el interme--dio entre el "máximo pensable y la mera holganza en el lugar de trabajo" (5). De esta manera la diligencia debida contractual se configuraba mediante el - recurso a la costumbre, la cual "devino así norma--tiva en el sentido de que a ella hacían referencia implícita los contratos de trabajo para determinar la intensidad de las prestaciones del trabajador"(6).

Sin embargo y paulatinamente, se ha ido introduciendo la tendencia a conformar la medida de la diligencia exigible mediante una concreta fijación y deter

minación del rendimiento exigible al trabajador, -- fundamentalmente a través del contrato de trabajo, convenios colectivos y Reglamentaciones de trabajo. Esta tendencia (7) que fué propiciada por la progresiva evolución de la organización científica del -- trabajo (8), aportando nuevos métodos y técnicas -- productivas, supuso el paulatino perfeccionamiento de la valoración de tareas mediante estudios y análisis cada vez más complejos de tiempos y movimientos. Se han ido determinando de esta manera límites mínimos y máximos de productividad, recuperando así el empresario en mayor o menor grado el control de la productividad de sus trabajadores, que en cierta forma había sido arrebatado con anterioridad por la costumbre (9), quedando esta por consiguiente en un segundo plano en relación a la norma escrita (10).

Esta posición subsidiaria de la costumbre, generada por la propia evolución y desarrollo histórico de -- la prestación de servicios, encuentra refrendo en -- el ordenamiento positivo español: "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que -- resulte probada" (11). Esta supletoriedad, que como fuente del derecho consagra el título Preliminar -- del CC, es recogida por la LCT (arts.3;9 y 64), -- quien asigna asimismo a la costumbre carácter subsidiario en defecto de norma legal o contractual para la determinación de la clase y extensión del trabajo a prestar, así como para la regulación del contrato de trabajo y sus condiciones. De esta manera la costumbre, como norma que suple la carencia de legisla-

ción aplicable opera, "a falta de precepto escrito referido a la materia" (12).

No obstante y a pesar de las afirmaciones legales - de supletoriedad mencionadas, así como del relegamiento que de hecho ha sufrido la aplicación de la costumbre a causa de la moderna organización científica del trabajo, se debe considerar a esta como instrumento interpretativo de relevancia nada desdeñable en la determinación de la diligencia debida.- El recurso a la costumbre laboral sigue siendo ineludible en la fijación y conformación de la medida de la diligencia exigible al trabajador, cualquiera que sea el modo de producción en que este deba desarrollar su actividad, y ello, por dos razones fundamentales.

En primer lugar porque existen todavía actualmente multitud de actividades que se realizan sin un concreto y determinado rendimiento que haya sido expresamente fijado de antemano. Son fundamentalmente, - como con posterioridad se verá, los trabajos ejecutados y remunerados a tiempo, en los que aún constituyendo el contrato punto esencial de partida para la determinación de la diligencia exigible, no se contrata sin embargo de modo directo la diligencia a prestar, sino simplemente la ejecución de un determinado trabajo. La intensidad debida por el trabajador para su realización encuentra su base de concreción con referencia a la costumbre.

Pero incluso, como se verá más detenidamente, cuando el rendimiento viene ya predeterminado de manera concreta en el contrato de trabajo, o en todo aquello que este incorpora no se ha dicho todavía la última palabra sobre la intensidad debida por el trabajador; de un lado, porque el rendimiento mínimo - fijado, determinando sin duda un cierto grado de diligencia a emplear para su consecución, lo que refleja en el fondo es una cuestión de aptitud o idoneidad profesional para la realización de un determinado trabajo como "conditio sine qua non" contractual, pero que no agota la respuesta a la pregunta sobre cual sea la verdadera intensidad exigible al trabajador, con lo que de alguna manera vuelve a tomar virtualidad la costumbre para su determinación. (13).

Incluso la propia forma de cómo habitualmente es trabajado conforma "a posteriori" el rendimiento fijado "a priori" (14).

De otro, porque la propia determinación y fijación - del rendimiento a través de la valoración de tareas, no consigue vencer su dificultad interna en el sentido de proporcionar de manera nítida cual sea la - intensidad efectivamente debida, no ya la discutida mente exigible propia de cada trabajador, sino ni si quiera la inicial determinante del rendimiento mínimo exigible; con lo que de alguna manera se vuelve - en el fondo al exámen del ritmo de trabajo que los - trabajadores observan de manera habitual o acostumb-- brada. (15).

En segundo lugar -como razón fundamental también para acudir a la costumbre laboral como se decía- porque aquellas otras manifestaciones de la diligencia no referidas directamente a la propia intensidad o productividad en el trabajo, encuentran también apoyo para su exámen y valoración acudiendo en mayor o menor grado a la costumbre (16) y en general cualquier criterio de diligencia al que se recurre - - (buen padre de familia, la diligencia debida en el tráfico según las diversas actividades y profesiones, el "ordenado", concienzudo o escrupuloso trabajador, etc.), no puede prescindir de la llamada al comportamiento habitual o acostumbrado (17), de ese "hecho social que cobra significado jurídico al cumplir -- una función reguladora entre quienes se atienen a - ella" (18).

Por lo demás, los modos en que se manifiesta la costumbre atienden, bien al propio trabajo objeto del contrato, como se trabaja de manera habitual en una determinada actividad (costumbre profesional); o -- bien a como es desempeñado de forma usual un trabajo concreto en un ámbito geográfico determinado (costumbre local) (19), viniendo por lo demás ambas manifestaciones normalmente conexas. Cuando el -- ámbito espacial es tan reducido que abarca el propio de una empresa, se habla entonces de costumbre o -- uso de empresa (20). Estas formas en que la costumbre se materializa, se proyectan sobre la diligencia proporcionando según el supuesto concreto en mayor o menor grado la medida exigible de aquella; no sólo -- en cuanto aspecto modalizador del deber de trabajar,

sino también en lo referente a la conducta prestacional general que debe observar el trabajador en la relación de trabajo. Lo debido de la diligencia no se deja pues entender ni abarcar del todo sin una cierta remisión al comportamiento que de modo general y habitual observa el trabajador en el desarrollo de su cotidiana tarea, y esto, independientemente de la existencia o no, de norma escrita sobre el particular, que indique de alguna manera concretizando las formulaciones generales, cual sea la diligencia que deba prestar el trabajador. La afirmación que se hacía de que la diligencia debida, debe venir ante todo deducida del contenido obligacional asumido en el contrato o todo lo que este incorpora, no pierde así su virtualidad, sino que por el contrario queda reforzada con la llamada a la costumbre.

El contrato incorpora a su espíritu la costumbre, haciéndola formar parte de su propio contenido, dando virtualidad así a la afirmación de que la diligencia es ante todo la contraactual (21).

Trabajador y empresario que pueden omitir la convención de los extremos secundarios conformadores del contrato (22), han de consentir sin embargo sobre todos los puntos esenciales del mismo, entre los que se encuentra sin duda el de la diligencia. Por tanto el que de modo ordinario no figure expresamente en el contrato la diligencia a prestar, no es indicativo de que la misma se halla ausente en su espíritu, sino que por el contrario se encuentra siem

pre presente de manera velada pero real y efectiva (23), por cuanto la diligencia debida queda incorporada al contrato en base a la costumbre laboral constituyendo una verdadera declaración tácita de voluntad, tanto del trabajador como del empresario en el sentido tradicionalmente contemplado en la teoría general de las obligaciones (24).

- (1) Entendidos estos últimos con ANGEL LATORRE, como - las prácticas generalmente admitidas en una comunidad o en algunos de sus sectores", que no tienen - necesariamente por qué tener relevancia jurídica. - (Introducción al Derecho. 2.edic.1969.pag.22).
- (2) BORRAJO DACRUZ. Introducción...cit.pág.418. De tener presente, también para la esfera del Derecho del Trabajo, es la distinción realizada por la doctrina civil, entre usos con función interpretativa, y aquellos otros con función regulativa o reguladora (también denominados usos de comportamiento). Mientras aquellos suponen la voluntad tácita de las partes de que se incluya una cláusula usual, estos se caracterizan por ser reflejo de una conducta o comportamiento normal, aplicable a falta de regulación concreta preferente (sobre esto cfr.DE CASTRO. Derecho Civil.. I.ob.cit. págs.431 y ss.; la STS 15 octubre 1965, ha manifestado que el uso tiende a contemplar el contrato, "extendiéndolo a todo aquello que por ser práctica observada, reiterada y admitida, se cree innecesario consignar expresamente en el texto contractual, tratándose por lo común, de materia accesorio y de - matiz meramente ejecutivo de lo pactado").
- (3) Por ejemplo en lo relativo a la forma, tiempo y lugar del pago del salario, régimen de permisos y vacaciones, orden de procedencia en los despidos por crisis económica, régimen disciplinario etc, (así ALONSO OLEA. Introducción...ob.cit.pág.270; v.asimismo - BORRAJO DACRUZ, quien menciona supuestos de aplica--

ción de la costumbre laboral fuera de la relación individual de trabajo entre trabajador y empresario. Introducción...ob.cit.pág.419).

- (4) "Das Normale wird zu norm". Así expresó EXNER, la relevancia jurídica de la costumbre derivada del comportamiento normal o habitual. (Das Wesen der Fahrlässigkeit...ob.cit.pág.197).
- (5) ALONSO OLEA. Introducción...cit.pág.266.
- (6) ALONSO OLEA. ob.cit.pág.cit.
- (7) La cual, señala RODRIGUEZ BORBOLLA, tomó impulso en nuestro país, especialmente a partir de la promulgación del Decreto de 21 de septiembre de 1960. (El salario...ob.cit.pág.165.nota 130).
- (8) Sobre su origen cfr.Historia General del Trabajo.ob.cit.tomo IV.
- (9) En este sentido v.ALONSO OLEA (Introducción.cit.págs 268-269).
- (10) Así ALONSO OLEA.ob.cit.pág.269. BAYON CHACON/PEREZ BOTIJA. Manual de Derecho del Trabajo.10 edic.I.págs. 108-109.
- (11) Art.1.3.CC. La subsidiariedad aparece también contenida en el C.de C. Así el párrafo segundo del art. - 255 determina el comportamiento del comisionista conforme "a lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio"; "en lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente" (párrafo primero del mismo precepto). La anteposición del uso a la ley contenida sin embargo en el art.1258 del CC. (perfección y contenido obligacional de los contratos) - no es indiferente para MANRESA, porque en ocasiones,

"puede suponer una preferencia explicable que exige alguna aclaración. Las reglas legales prohibitivas son desde luego superiores no solo al uso sino a la misma libertad de los contratantes. Pero hay otras meramente supletorias, cuya aplicación es indiferente al interés público, y entonces, cuando - la vaguedad de lo convenido pudiera suplirse por - un uso general y en el sentido de someterse a este cupiera interpretar la voluntad expresada de un modo incompleto, procedería a ampliar lo convenido - de acuerdo con la costumbre, como ya lo indica el código al ocuparse de la interpretación de los contratos, de lo cual realmente trata este artículo - en su última parte" (ob.cit.tom.VIII.vol.II.pág.438)

- (12) Así BORRAJO DACRUZ (Introducción...ob.cit.pág.419, quién señala que incluso la propia norma escrita - puede recurrir a la aplicación de la costumbre de manera directa y expresa, estando así ante los supuestos denominados de "costumbre llamada". v.también - DE CASTRO ob.cit.I.pág.435).
- (13) El supuesto donde se observa con mayor fuerza este problema, como más adelante tendremos ocasión de - ver, es el de la disminución voluntaria del rendimiento habitual en el trabajo, aún superando el mínimo exigible. En tales casos la estimación o no - por el magistrado de actuación negligente del trabajador, se va a hacer depender del exámen de si en - el mismo concurre alguna causa que "justifique" o - "exonere" aquella disminución ayudándose para esto precisamente de la costumbre profesional, al acudir al exámen del rendimiento de los demás compañeros - de trabajo en sus mismas circunstancias, incluso al propio rendimiento habitual (acostumbrado) del trabajador.
- (14) En efecto, aún admitiéndose el relegamiento de la - costumbre, caso de fijarse un rendimiento mínimo -- exigible con carácter general, existirá no obstante siempre una "realidad laboral" que no se puede desconocer: el acuerdo tácito de los trabajadores "para modalizar la aplicación de la norma, convenio o decisión empresarial y para adaptarla a las condicioes

nes de trabajo en el taller" (ALONSO OLEA. Introducción...ob.cit.pág.269).

- (15) v.págs. 434 y ss. de este trabajo.
- (16) Así, cuando estamos ante el celo, prudencia o cuidado, en la propia ejecución de la prestación; en el manejo de las máquinas, herramientas y materiales de trabajo, en orden a prevenir o evitar desperfectos o daños en los mismos, o bien en la propia persona del trabajador o de sus compañeros de trabajo; y en general cuando se contempla la conducta laboral e incluso la extralaboral del trabajador, jugando en esta última los usos y costumbres sociales una función verdaderamente relevante. Sobre todas estas cuestiones se volverá con detenimiento más adelante. No faltan incluso referencias legales expresas. Así, el Código de Trabajo de Costa Rica en el art.71, que hace referencia en su apartado b) a la diligencia debida del trabajador(v.pág.223 nota nr.1. de este trabajo), menciona a continuación en el apartado d) del mismo precepto, que el trabajador, viene obligado a "observar buenas costumbres durante sus horas de trabajo"; "sirviendo así la costumbre como base al establecimiento de un criterio de conducta laboral de carácter general que el trabajador debe observar.
- (17) Así la "habitualidad" a que se refiere el art.60 LCT en orden a determinar la medida de la diligencia exigible descansa básicamente sobre aquella -acostumbrada en la ejecución de un determinado --trabajo.
- (18) BORRAJO DACRUZ. Introducción...ob.cit.pág.418. v. asimismo DE CASTRO. Derecho...I.cit.págs.431 y ss.
- (19) El uso local -como expresión del principio "locus regit actum"- debe ser interpretado o entendido como uso de la localidad o lugar de ejecución del --trabajo y no como uso del lugar de la celebración

del contrato; tanto más, cuanto que este último - puede ser accidental no volviendo a tener influencia sobre las partes ni sobre el contrato mismo, (lò que ocurre frecuentemente en la práctica al - celebrarse contratos de trabajo en la sede central de una empresa que van a ser ejecutados en lugares distintos de su celebración).

(20) v.ALONSO OLEA. Introducción...cit.pág.267. A raíz de la reforma del Título Preliminar del CC, no se exige ahora que la costumbre tenga carácter local. Tal modificación operada, aún siendo posterior al art.9.3. LCT que habla de la necesidad de que los usos y costumbres sean locales, no debe influir en el sentido de "aplicar en defecto de ley una cos--tumbre laboral ajena a la localidad, o al menos a la comarca, en que se presten los servicios, salvo si la costumbre es general en el ordenamiento jurídico laboral del país" (BAYON CHACON/PEREZ BOTIJA. Manual...ob.cit.I.pág.108).

(21) Porque efectivamente de lo contrario, decir mera--mente "que se tiene derecho contractual al trabajo de una persona...es no decir nada si no se precisa de algún modo la intensidad con que se debe traba--jar o la cantidad de los frutos resultantes".(ALON--SO OLEA. Introducción...cit.pág.265). Por otra par--te, el hecho de que el espíritu del contrato incor--pora la costumbre para modalizar lo estrictamente pactado en él, se ve con claridad en aquellos ca--sos en que el trabajador (normalmente con motivo - de situaciones de conflicto en la empresa, median--te las denominadas huelgas de celo o trabajo a re--glamento), observa al detalle y escrupulosamente, la normativa e instrucciones para la ejecución de su trabajo, de tal manera que genera situaciones desacompasadas con la práctica laboral usual, re--sultándose trastornos productivos en la empresa al alterar su normal funcionamiento. Podría pensarse que en ningún caso puede estimarse el comportamien--to del trabajador como negligente al observar de - hecho exactamente las obligaciones contraídas. El uso sin embargo puede dar paso a la negligencia --por cuanto que incardinándose en el contrato con--forme a una interpretación del mismo según la bue--

na fe, introduce modificaciones de hecho que suplen o amplían lo originariamente pactado o legislado (sobre tales problemas, que cuando menos -- muestran la presencia real de la costumbre. v. PERA G. Lo sciopero e la serrata, en Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro. Padova. 1971. I. págs. 593-594. RIVA SANSEVERINO. Diritto Sindicale. 3 edic. Torino. 1976. págs. 381-382).

- (22) Extremos que se suplen asimismo conforme al uso, al lado de la buena fe y del recurso a la ley (art. -- 1258 CC). En tales supuestos a tenor del art. 2 del -- código suizo de las obligaciones aplicará el juez -- la norma oportuna en relación con la naturaleza del contrato.
- (23) A veces, es tal la fuerza que la costumbre laboral conlleva, que en ocasiones -- señaladamente en el uso de empresa-- se puede decir que el mismo empresario delega su poder directivo tendente a concretar "in situ" el cómo y el cuanto del trabajo, en la propia inercia y vitalidad de lo usual y acostumbrado en la empresa, hasta tal punto que el propio uso -- no raramente restringe el poder directivo del empresario, viéndose este imposibilitado para suprimirlo, por el carácter de condición más beneficiosa en que ha cristalizado la costumbre.
- (24) Sobre las declaraciones tácitas de voluntad v. DIEZ PICAZO. La Doctrina...cit. págs. 148 y ss y bibliografía allí citada.

2. DILIGENCIA DEBIDA E INEPTITUD.

I. Cumplimiento defectuoso de la prestación a causa de ineptitud originaria del trabajador.

1. Introducción.

A. Consideraciones generales.

La diligencia debida del trabajador se pone ya en funcionamiento, no sólo desde el momento en que la

prestación de servicios comienza efectivamente a desarrollarse, sino también desde aquel otro anterior que contempla las actuaciones de trabajador y empresario tendentes a configurar la futura relación de trabajo, mediante la celebración y conformación del contrato. Existe por tanto una diligencia del trabajador ya como "debida", incluso antes de que este sea considerado jurídicamente como tal, con las importantes consecuencias que en la esfera aquí de nuestro interés pueden derivarse: el juicio de valoración de la negligencia durante la ejecución de la prestación de servicios, va a tener lugar no raramente, acudiendo al exámen del comportamiento observado al tiempo de la contratación, por cuanto que puesta en funcionamiento la relación de trabajo, puede resultarse un defectuoso cumplimiento de la prestación, que trae su causa no de una actitud propiamente indolente o descuidada del trabajador, sino de su mera impericia o inhabilidad para la ejecución del trabajo, cuyo nacimiento se remonta ya a estadios previos a la propia relación de trabajo, no obstante manifestarse en esta (ineptitud originaria), o bien nace durante el transcurso de la misma, pudiendo por lo demás tener causa muy diferente (ineptitud sobrenida) (1).

Por consiguiente, las consecuencias jurídicas de que el trabajador haya obrado o no diligentemente al tiempo de la contratación, no van a ser de aplicación simplemente en este estadio, sino que las mismas se extienden e inciden en el futuro desarrollo de la prestación de trabajo cuando esta entra -

en conflicto. Cuando el trabajador de manera descuidada e imprudente, acepta un trabajo obligándose a su ejecución, asume así la carga de su obrar al tiempo de la contratación, que con posterioridad ocasiona una ejecución defectuosa de la prestación, que por lo dicho, debe serle imputada; estándose así ante la asunción inicial de la culpabilidad por el trabajador al tiempo de la celebración del contrato. El problema surge sin embargo en determinar, cómo debe ser entendida esta culpabilidad, o de otra manera dicho, cómo deba ser interpretado lo debido de la diligencia en este estadio de las relaciones entre empresario y trabajador.

- (1) La ineptitud es una noción amplia que ha venido entendiéndose y matizándose por la jurisprudencia (independientemente de su propia expresión terminológica negativa: falta de aptitud), como reflejo de una inhabilidad del trabajador, término que ha sido mantenido constantemente : "el empleado ha demostrado una habilidad deficiente que es el concepto de la ineptitud acogido por la doctrina de esta Sala..." (STS 27 diciembre 1959); "(el trabajador)... ha procedido con notoria, perenne y comprobada inhabilidad.." (STS 3 enero, 14 mayo 1973). También ha sido entendida como la determinante de una falta de idoneidad para el desempeño del trabajo encomendado: "Si bien, gramaticalmente los conceptos de "ineptitud" e "indoneidad" no son sinónimos, laboralmente pueden identificarse..." (STS 7 noviembre 1973). Siendo la ineptitud sinónima de falta de idoneidad, la no idoneidad, para el trabajo ocasiona aquella (en este sentido STCT 12 enero 1973, 9 octubre 1973). El término "impericia" viene asimismo utilizado por nuestra jurisprudencia, como noción asimilada a la de -

la ineptitud. (así por ejemplo la STCT 28 no viembre 1973). Lo que en definitiva vienen a expresar esa diversidad de acepciones explicativas de la ineptitud, es una incapacidad del trabajador de poder realizar su prestación, fundamentada como ya en su tiempo había indicado MOMMSEN, bien en las circunstancias personales del deudor, bien en la relación de estas con el objeto de la obligación (Beiträge zum obligationenrecht. Braunschweig.1853.-pág.4); la prestación es en sí, suceptible de realización, el trabajador sin embargo no es capaz de llevarla a cabo. De indicar por otra parte es la nota anímica que caracteriza a la ineptitud: la de la "involuntariedad". Esta tipifica como no dolosa o maliciosa, frente a la disminución voluntaria del rendimiento, con lo que la ineptitud guarda semejanza externa con esta, pero no interna (entre otras muchas, v.STS 6 septiembre 1969; STCT 25 noviembre - - 1972); todo lo que no impide, sino que por contra facilita, la posibilidad de averiguación - de lo que en las diversas manifestaciones de la ineptitud pueda hacer de "culposos o negligentes"; lo que no significa sino en el fondo - el llevar al campo del Derecho del Trabajo moderno, el viejo principio aquiliano "imperitia quodque culpa annumeratur" (v.LA SERNA. Derecho Romano.I.ob.cit.pág.422 y PREDELLA. La figura...cit.pág.33).

B. La asunción inicial de la culpabilidad. Su problemática.

La reconducción de la conducta a la esfera de la objetividad se extiende a considerar ya como negligente aquella ineptitud originaria del deudor al afirmarse la necesidad de que todo aquel que actúa dentro del tráfico jurídico, ha de poseer la aptitud que allí se encuentra objetivada y tipificada.

Quien por consiguiente acepta una actividad para la cual resulta inepto, responde por asunción o recepción de la culpa (Ueberrahmeverschulden). Con esta asunción de carácter objetivo (1), queda así garantizado como norma general (2) que quien entra a formar parte de una determinada esfera del tráfico jurídico, ha de ser capaz de observar el standard de diligencia que en ella es esperado y exigido (3).

La posición objetiva señalada de la dogmática civil, fué, en mayor o menor medida trasplantada al ámbito laboral a fin de enjuiciar el supuesto de la ineptitud originaria del trabajador que trae como consecuencia una defectuosa ejecución de su prestación, permaneciendo discutida y poco precisa en su solución el hecho de si con los mismos fundamentos acunados en el derecho común se puede imputar al trabajador su ineptitud originaria en base a la noción de una objetiva asunción de culpabilidad por este al tiempo de celebrar el contrato.

Cuando el trabajador se obliga a la ejecución de una determinada actividad que no se corresponde con sus aptitudes y, que en consecuencia, no es capaz de realizarla, debe recaer sobre el mismo el riesgo que una tal ineptitud conlleva por cuanto la aceptación o asunción por el trabajador de aquella actividad se reputa negligente (4).

El juicio de valoración de la negligencia del trabajador en este estadio conlleva a examinar "como"

ha sido esa asunción, qué conducta ha observado el trabajador para que pueda serle imputada la misma al tiempo de la contratación; de aquí la importancia del exámen de la culpa in contrahendo. La asunción objetiva de la que se habla, debe ser entendida en el ámbito laboral, lo que ya la distingue -- esencialmente de la esfera civil como una "propia" asunción de la culpabilidad (Uebernahmeverschulden), no sin embargo como una asunción rígida o estricta de la "garantía" de poder realizar la prestación - (Uebernahmegarantie) (5). Al trabajador afectado - de ineptitud originaria no puede serle imputado el riesgo que la misma conlleva, sin que tenga relevancia el hecho de si este ha observado o no una actuación diligente al tiempo de la contratación. No debe verse al trabajador sujeto a una garantía (6) tal de realizar su prestación, que le obligue a asumir sin más la responsabilidad de su deficiente aptitud y capacidad en realizarla sin consideración a su negligencia (7), por lo que se hace de todo - punto necesario el exámen de la conducta y actuación del trabajador al tiempo de la contratación, - lo que lleva al propio de la diligencia precontractual, bajo el ángulo de su contenido positivo manifiestado en los deberes de conducta (8), que conforme a la buena fe debe observar el trabajador, para pasar con posterioridad a examinar cuando tiene lugar la lesión de aquellos, y si esta puede o no reputarse negligente (9), sin olvidar nunca la situación especial en que puede verse inmersa la diligencia debida en atención a las circunstancias del caso concreto (10).

La asunción de la culpabilidad no expresa por tanto el hecho de que el trabajador haya aceptado un trabajo para el que resulta inepto, por lo que sin más tal ineptitud debe serle imputada a su esfera, sino lo que en realidad manifiesta o refleja es -- aquel otro consistente en que el trabajador ha -- aceptado efectivamente un trabajo para el que con posterioridad resulta inepto, cuando el mismo no ha -- observado aquel comportamiento diligente que podría ser esperado de manera razonable, tendente a pre- -- veer (saber, o tener que haber sabido) que la aceptación del trabajo en las circunstancias dadas, -- ocasionaría su ejecución defectuosa. Unicamente bajo tales presupuestos y consideraciones, no hay inconveniente en la práctica en hablar de una "garantía" del trabajador, que por sustanciarse a través de la diligencia debida, no supone una obligación adicional de la principal --la propia realización de la prestación-- sino directamente resultante del sentido y finalidad de la obligación asumida por -- el trabajador, que a través de la aplicación de su actividad diligente, transforma el contenido inicial obligacional en un resultado material.

Así, el trabajador que se obliga a la ejecución de un determinado trabajo garantiza no solamente la -- comisión u omisión de todo aquello que dentro del estadio precontractual, pueda impedir con posterioridad la realización de la prestación, sino también (lo que afecta ya de modo más directo a la sobreveniencia de la ineptitud) el que la misma no devenga

de imposible realización a causa de la imputabilidad de su conducta personal. De esta manera, aún afirmándose la existencia de una garantía incardinada ya en la propia asunción de realizar la prestación, se encontraría no obstante en conexión -- con el principio de responsabilidad por culpa.

- (1) Que surgió en realidad como un intento de remediar los problemas derivados de una interpretación extremada de la subjetividad de la diligencia. Incluso aquellos que apoyan la teoría subjetiva en el derecho alemán, no llevan esta hasta sus últimas consecuencias. El mismo LEONHARD había ya indicado que puede quedar sujeto a responsabilidad aquel que de manera voluntaria -- acepta tareas o se pone en situación de aceptarlas, y que con posterioridad no es capaz de llevarlas a cabo (Fahrlässigkeit...ob.cit.págs.9 y ss y pág.21. v.asimismo V.CAEMMERER. Karlsruher Forum.1961.cit. págs.16 y 26).
- (2) LARENZ, restringe la aplicación estricta de la teoría subjetiva a un limitado círculo de instantos jurídicos, entre los que no figura la relación de trabajo. (Festschrift Wilburg.1965.pág 125).
- (3) v. E.A.KRAMEREN ACP 171 (1971) págs.427 y ss; - WIETHOELTER.Verkehrsrichtiges...cit.págs.48 y ss P.DIETRICH.JZ.1974, pág.537. La jurisprudencia austríaca ha decretado la responsabilidad del obligado en tales supuestos por "einleitende -- Fahrlässigkeit" o "culpa preliminar" (SCHICK - - OeJZ 74, 228). Posturas intermedias de carácter conciliador pueden verse en E.DEUTSCH.Fahrlässigkeit...ob.cit.págs.299 y ss; y G.GUDIAN NJW - - 1971 págs.1239 y ss).

- (4) Sobre esto v. BELOW. Festchrift. H. Lehmann II. 1956. pág. 652; BOBROWSKI/GAUL. Das Arbeitsrecht... ob. cit. pág. 450; ERMANN. BGB... ob. cit. comentario al parágrafo 276 BGB; PALANDT BGB. 32 edic. 1973. München, comentario al parágrafo 276; DIETZ/ - WIDEMANN. JUS. 1961. págs. 118-119. GAMILLSCHEG/HANAU. Die Haftung des Arbeitnehmers. 2 edic. 1974. pág. 84. Para KRELLER (ACP 1925. pág. 202), la -- retroacción del juicio de la negligencia al -- tiempo de la contratación prescinde de la inda gación subjetiva de la culpa en el trabajador, afirmación que se presta a confusiones, por -- cuanto lo asumido contractualmente, es un re-- flejo, junto a aquello objetivo, también de la personalidad del trabajador, ambos extremos en una relación de "tensión" en los términos expuestos.
- (5) Las normas de derecho común sobre imposibilidad e incapacidad del deudor para realizar la pres tación están fundamentalmente orientadas al mo delo jurídico de la compraventa, sin tener por tanto en cuenta que la relación de trabajo - - abarca por su propia naturaleza, otros caracteres distintos que la mera relación de cambio, por cuanto que tanto el trabajador como su pro pia fuerza de trabajo no son efectivamente una "cosa" sino elementos componentes de su global personalidad jurídica que como tal funciona y es tenida en cuenta en la relación de trabajo - (v. DIETZ/WIDEMANN. JUS. cit. pág. 116. FABRICIUS. - Die Leistungsstörungen... cit. pág. 38; G. GUDIAN. NJW. cit. págs. 1239-1240; LARENZ. Lehrbuch... cit. I. págs. 86 y ss.). El trabajador señala BARASSI, no carga el riesgo de su impericia, mientras no haya sido ocasionada por su culpa, o dicho de - otra manera, no garantiza su aptitud, a la ma- nera que ocurre en el derecho civil, más allá de los límites de su diligencia (La teoría.... cit. vol. III. págs. 22 y 290).
- (6) La asunción inicial de la culpabilidad no refleja en el Derecho del Trabajo una responsabili- dad por garantía en sentido estricto, lo que no significa que no puede ser hablado no obstante

de garantía, en el sentido de exigir una cierta objetividad, que efectivamente constituya un elemento protector contra la inseguridad - e incertidumbre que se derivarían de la aplicación de la mera diligencia subjetiva (en este sentido M.LOEWISCH.ACP.cit.pág.434).

- (7) Podría en efecto pensarse por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en el hecho de que forme parte del contenido del contrato de trabajo, la garantía del trabajador, de que su aptitud y capacidad van a ser suficientes, para la posterior ejecución de su prestación de trabajo. En tal caso, se produciría una excepción a la aplicación -- del principio de la culpabilidad quedando sin consideración, si el trabajador actuó o no diligentemente una vez surgido el incumplimiento, por cuanto cargaría este en su esfera con el riesgo de su ineptitud, con independencia de si la misma tuvo o no como causa su conducta negligente. (v.G.GUDIAN.NJW.cit.pág.1242. - R.KLEIN.Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis. 1974.págs.34). No viene sin embargo configurada como norma general para la relación de trabajo una garantía tal (a diferencia de lo que puede ocurrir en la compraventa, arrendamiento, o contrato de obra) (así V.BEUTHIEN.ZFA.1972. pág.73. HANAU/ADOMEIT. Arbeitsrecht.3 edic. -- 1974.pág.153; SOELLNER A. Arbeitsrecht.5 edic. 1975.pág.214). Puede existir sin embargo la posibilidad de una garantía tácita a la que se ha comprometido el deudor (stillweigende - Garantie) en aquellas prestaciones personalísimas en las que este ha prometido una determinada prestación, basada en sus especiales aptitudes y conocimientos sobre la que se ha -- formado la confianza del acreedor a la misma. (así NEUMANN/DUESBERG..88.1970 pág.1464) supuesto de posible aparición en relaciones de trabajo por cuenta ajena, en base por ejemplo a una especial cualificación profesional del trabajador. Una tácita asunción de la garantía se resultaría en tales casos con BALLERSTEDT, del sentido "típico e inmanente" de la promesa de la prestación.(Festchrift für Nipperdey. - 1955.pág.270).

- (8) Si bien pueden estos a su vez tener carácter positivo o negativo como se verá.
- (9) Todo lo que es asimismo de aplicación al examen de la diligencia precontractual del empresario, y ello por los propios términos en que se expresa el art. 60 LCT que no permiten el estudio aislado de la diligencia precontractual del trabajador sin tener asimismo presente la propia debida por el empresario, de relevancia incluso mayor que la de aquel, para la contemplación global de la culpa in contrahendo.
- (10) Lo que es idóneo, como pone de manifiesto HERSHEL, para ahondar en el verdadero significado de la culpa in contrahendo RdA.1965.pág. - 192). De indicar aquí, es que las propias consecuencias jurídicas, que se van a resultar de la actuación negligente del trabajador al tiempo de la contratación, deben ser examinadas por imperativos prácticos, inmersos en la propia dinámica de la relación de trabajo.

2. Culpa in contrahendo del trabajador.

A. Diligencia debida al tiempo de la celebración del contrato.

a) Fundamento.

El fundamento de la exigibilidad jurídica de la diligencia debe ser visto fundamentalmente en el deber de fidelidad del trabajador, deber, que se presenta ya en el momento en que hacen acto de aparición las relaciones precontractuales (1). Las relaciones mantenidas entre trabajador y empresario -- con anterioridad a la celebración del contrato, se

pueden calificar por tanto como relaciones de confianza de carácter semejante al contractual (2). Viendo en la buena fe, el principio informador e inspirador de la conducta precontractual del trabajador, se hace ya necesario la fijación del carácter que la misma debe tener en tales relaciones.

La relación de buena fe establecida entre trabajador y empresario durante el estadio precontractual, no debe ser vista meramente en su aplicación o --proyección subjetiva para las partes, sino que por el contrario debe abarcar también, y con carácter de primacía, a la buena fe que contempla aquella --determinada conducta, que puede ser esperada por --la otra parte en esa concreta relación precontractual en circunstancias normales determinadas. Se --trata por consiguiente de una relación de confianza surgida en base a una buena fe objetiva y típica (3), que viene a reflejar, en contraposición a la subjetiva, exigencias generales y objetivas que conforman las debidas reglas y modos de actuación en el tráfico (4).

(1) Así ENDEMANN.BB.1953.pág.266; ROTHE BB 1955 pág 162.v.también BETTI ob.cit.pág.73. Sus criterios rectores están por consiguiente influenciados tanto por el deber de protección del empresario, como por el de fidelidad del trabajador. (en este sentido HERSCHEL RdA.cit.pág.191; NEUMANN DB 1961.pág.1291).

- 204-
- (2) Así SOMMER, quien habla de "vertragsähnliches Vertrauensverhältnis" (cit. por K. SCHLESMANN. Der Arbeitsvertrag. 1960. pág. 30).
 - (3) Así W. THIELE. JZ 1967. págs. 649-650.
 - (4) v. en este sentido L. CALDENTEY. Legitimación y apariencia jurídica. Barcelona 1952. págs. 145 y ss.

b) Contenido.

b-1) Exámen de sus fuerzas y capacidad de trabajo.

La llamada a la buena fe, por el carácter de confianza, que, como vimos, caracteriza a las relaciones precontractuales, se materializa en lo tocante ahora al trabajador, en la observancia de determinados deberes de conducta, en primer término por un exámen personal de su fuerza o capacidad de trabajo. El propio trabajador puede y -debe examinar el nivel y límites de su capacidad y aptitud en relación con el desarrollo de su --prestación futura (1), porque quien concierta un contrato, y asume lógicamente las obligaciones -en él contenidas, tiene que examinar aquello que pueda ser capaz de realizar y cumplir (2).

La valoración por el trabajador de sus cualida--des y aptitudes para la correcta realización de la prestación, adquiere tanta más relevancia e importancia práctica, cuanto que -abstracción hecha ahora de los deberes que a este respecto afectan al empresario- es el mismo trabajador el que

normalmente puede estimar o valorar mejor que -
nadie su propia capacidad y aptitud para la eje-
cución del trabajo al que se compromete (3).

El trabajador, que al tiempo de asumir la obliga-
ción de realizar una determinada prestación, tie-
ne conocimiento, o pudiendo haberlo tenido, no -
lo tiene a consecuencia de su despreocupación o
imprudencia, de que él no posee la aptitud o ca-
pacidad necesaria para la satisfactoria ejecución
de aquella, no obra diligentemente en el exámen -
y valoración de su capacidad productiva.

(1) En este sentido ENNECERUS/LEHMANN. Recht der
Schuldverhältnisse. 1958.pág.133.

(2) E.Von CAEMMERER. NJW.1956.pág.569.

(3) Así ESSER, quién textualmente señala, que el
obligado, "ist in der Regel allein in der La-
ge, seine eigene Leistungsmöglichkeit richtig
einzuschätzen". (Schuldrecht...I.cit.pág.206).

b-2). Deberes de omisión, declaración y manifestación.

El exámen por el trabajador de su propia aptitud
para la ejecución del trabajo que asume, no vie-
ne sino a completar aquellos otros deberes pre--
contractuales de conducta -en los que aquel exá-

men se materializa-, que adoptan tanto una ver tiente positiva como negativa, dando así lugar al denominado deber de omisión, que se adicio na complementándolo, a aquel otro de manifesta ción o declaración (1).

En cuanto al primero, constituye el aspecto ne gativo de la diligencia precontractual debida por el trabajador que se materializa en aquella conducta tendente a omitir (Unterlassungspflicht) toda declaración o indicación incorrecta o con ducente a error, que pueda originar en el empre sario falsos prejuicios o malformaciones de su voluntad sobre la aptitud y capacidad del traba jador al tiempo de la celebración del contrato. Supone por tanto, caso de manifestarse el traba jador, la veracidad de las declaraciones que es te haga a su futuro empresario (2) (3).

En cuanto al segundo, el deber de aclaración o manifestación (Aufklärungs u Offenbarungspflicht), constituyendo la vertiente positiva en que se ma terializa la diligencia precontractual del traba jador, abarca no sólo la contestación oral de - preguntas, sino también la escrita (por ejemplo cumplimentar o rellenar cuestionarios, formula rios etc.) de gran importancia práctica (4). El trabajador tiene el deber de manifestar y escla recer al empresario todas aquellas circunstan-- cias que de alguna manera se opongan o estén en contradicción con la celebración del contato, o

con los intereses perseguidos en este, especialmente con el que tiene el empresario en la realización de la prestación, en tanto que estos - le sean al trabajador conocidos, o al menos reconocibles, sobre todo cuando el trabajador tiene conocimiento de determinadas circunstancias y particularidades (5), que el empresario ni conoce, ni tiene en principio (6) posibilidad de conocer.

La justificación práctica de tales deberes precontractuales de conducta está en impedir que - el empresario al tiempo de la celebración del - contrato, le sea proporcionada una falsa representación sobre la posibilidad de realización - de sus intereses.

Por otra parte, tal deber no va referido en principio a la mera manifestación al empresario de aquellas circunstancias o condiciones personales que sean expresión de una situación favorable del mismo, sino que por el contrario -y encuentra así el deber de manifestación su más estrecha conexión con la buena fe- debe asimismo el trabajador comunicar al empresario aquellas otras de repercusión desfavorables (7).

Si se presenta en todo caso el deber de manifestación del trabajador, aún cuando el objeto de la misma sea la declaración de hechos o circunstancias desfavorables para este, entra dentro -

de la problemática del alcance o extensión de tal deber que se trata a continuación.

El trabajador viene obligado en base a la buena fe, a manifestar a su empresario, incluso sin -pregunta expresa de este, todo aquello cuyo conocimiento pueda tener relevancia para la conformación o configuración de la futura relación de trabajo y cuyo ocultamiento o desconocimiento pueda malograr la finalidad y el objetivo --contractual pretendido (8), por lo que cualquier circunstancia, tanto de carácter favorable como desfavorable para el trabajador, obliga a este a su manifestación, cuando reconoció o tuvo que haber reconocido, que aquellas hubiesen podido tener relevancia para la ejecución satisfactoria y ordenada de la prestación asumida (9).

En cuanto a la existencia del deber de manifestación con pregunta expresa del empresario, el problema que se plantea, no exento de debate, es el de si el trabajador viene obligado de forma -ilimitada, a manifestar todo aquello que haya --sido objeto de pregunta expresa por su empresario, o por el contrario debe verse restringida -y en caso afirmativo con qué criterios- la facultad de este último de formular preguntas al trabajador.

Se piensa que mediando pregunta expresa del empresario tiene el trabajador siempre el deber de contestar (10) o por el contrario se admite la -

posibilidad de limitar tal facultad del empresario con preguntas que, o bien entran dentro de la esfera privada-personal del trabajador, o -- que no tienen una razonable y adecuada conexión con la relación de trabajo (11). Más razonable parece no deba verse como debida aquella diligencia del trabajador que le obligue a contestar -- preguntas de las características y particularidades últimamente mencionadas, por cuanto que de esta manera quedaría extralimitado el ámbito de aplicación del criterio de la buena fe. (12).

- (1) Tales deberes se sustentan en lo fundamental -- acudiendo a la buena fe, así como a los usos del tráfico. Uno y otros, van a ser así instrumentos de control sobre la exigibilidad o inexigibilidad de los mismos. Para NEUMANN, la aplicación del párrafo 242 del BGB (referencia a la "Treu und -- Glauben", así como a los "Verkehrssitte"), supone ya el no reconocimiento de un deber de manifestación del trabajador de carácter general (en DB -- 1961.cit.pág.1291; semejante PALANDT BGB cit. comentario al párrafo 242; cfr. CANARIS.JZ 1965. págs.476 y ss). Por su parte la jurisprudencia -- alemana ha señalado que el ámbito de estos deberes es mayor, a medida que la conformación de la futura relación de trabajo se haga depender más y más del establecimiento de una relación de confianza entre las partes. (v.NEUMANN.DB.1961 cit.pág. 1292.HERSCHEL RdA 1965.cit.pág.194).
- (2) La veracidad obliga al trabajador en cualquier caso. Por lo tanto incluso en aquellos supuestos en los que teniendo lugar preguntas que el trabajador no necesita contestar, no significa que venga

esta facultado a hacer manifestaciones falsas a su empresario. "Si el trabajador contesta -no te niendo necesidad en tales casos- tiene que decir la verdad" (HERSCHEL.ob.cit.pág.193.cfr.NEUMANN.ob.cit, pág.1293 y B. CREMADES. La sación... ob.cit.pág.200.

- (3) Señala B.CREMADES, que la infracción de la obligación de veracidad, puede dar lugar a la responsabilidad disciplinaria del trabajador (ob.cit.pág.199).
- (4) Tratamiento detallado sobre la práctica de tales - contestaciones escritas, puede verse en SCHLESMANN. Der Arbeitsvertrag.ob.cit.págs.33 y ss.
- (5) Piénsese en el caso de una enfermedad o de las seuelas que una anterior haya podido, dejar en el trabajador, de relevancia para poder ejecutar ordenadamente la prestación que contrata.
- (6) Abstracción hecha ahora de sus deberes precontractuales (v.págs. 281 y ss.).
- (7) Así SCHLESMANN.ob.cit.pág.31. Y es lógico pensar así, por cuanto que es en cierto modo acorde con la naturaleza humana el callar y esconder, y por lo tanto no reconocer los propios defectos y por contra ensalzar las propias virtudes.
- (8) HUECK/NIPPERDEY.ob.cit.I.pág.194. NEUMANN.ob.cit.pág.1291. Así, y volviendo al ejemplo de enfermedad en el trabajador, debe este manifestarla aún sin pregunta expresa del empresario, por cuanto - puede ocurrir que precisamente la propia enfermedad que padece el trabajador (o cualquier tipo de impedimento derivado de ella) le haga posteriormente incapaz o inepto para el desempeño del trabajo contratado.

- 271-
- (9) v.NEUMANN.ob.cit.pág.1292. La consideración de los deberes jurídicos precontractuales, no como componentes de la propia relación jurídica contractual, sino como voluntad de obligarse las partes de carácter independiente (v.LARENZ.MDR.1954.pág.515; MOOS RdA 1962 pág.301), no parece provoque diferencias sustanciales para la medida de diligencia precontractual exigible, por cuanto no resta en el fondo virtualidad alguna referente a la afirmación de -- los deberes de conducta en atención a la buena fe y usos del tráfico.
- (10) Así HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.194.
- (11) Así NEUMANN cit.págs.1292-1293. HERSCHEL.cit.pág. 193. Fenómeno que como indica B.CREMADES es cada vez más frecuente en la empresa actual "bajo pretexto de necesidades estadísticas se produce una auténtica invasión empresarial hasta la vida más íntima del trabajador" (La sanción...ob.cit.pág. 200).
- (12) Con razón señala NIKISCH, que no se debe extralimitar el deber de manifestación del trabajador (ob.cit.I.pág.189; v.MARTIN VALVERDE. El período de prueba en el contrato de trabajo.1976.pág.9 cita n.1).

B. Lesión de la diligencia precontractual.

Necesario es ahora el preguntarse cuando debe entenderse que el trabajador al tiempo de contraer la -- obligación sabía o pudo haber sabido que no sería -- capaz de realizarla de manera satisfactoria, o bien de otra manera dicho, si en aquel momento tenía conocimiento o pudo haberlo tenido de que su capacidad y aptitud serían suficientes para la ejecución correcta de la prestación asumida. La cuestión planteada debe encontrar adecuada respuesta no en el mero -- marco de la subjetividad de la diligencia, sino que

por contra debe extenderse a la esfera de lo objetivamente posible y exigible, en orden a perseguir una razonable protección a la seguridad y confianza en el tráfico jurídico (1).

El grado de objetividad exigible al comportamiento del trabajador con el que debe ser entendida la extensión de su deber de conocer o examinar su aptitud y capacidad, así como el de manifestar o informar de ello al empresario, encuentra su delimitación en la aplicación del principio de la buena fe, así como en aquello que de manera normal o habitual puede ser exigido y esperado en el tráfico jurídico. La consideración a la personalidad del trabajador no queda sin embargo totalmente relegada, sino que se acude a la estimación de su grado intelectual y capacidad de discernimiento, así como a la apreciación de su nivel cultural, si bien desde una perspectiva global o generalizada referida a un conjunto de trabajadores de características y peculiaridades semejantes (2).

Podría afirmarse de esta manera que obra negligente el trabajador que asume la realización de un determinado trabajo, que en su lugar un trabajador de iguales aptitudes y cualidades no hubiese aceptado; o bien, cuando acepta un trabajo, que si lo hubiese examinado a conciencia habría podido reconocer su falta de aptitud para realizarlo (3).

Aún en aquellos supuestos en los que el trabajador a pesar del exámen de su aptitud y capacidad, no está sin embargo seguro de poseer la capacidad reque-

rida para la realización de un determinado trabajo, debe solicitar del empresario la celebración de un período de prueba (4), o bien manifestarle que probablemente se vaya a ver necesitado de un cierto -- tiempo de adaptación, o cuando menos, informarle de las dudas que tiene, sobre si podrá desempeñar co-- rrectamente el trabajo que se dispone a asumir, todo cuando según las circunstancias del caso concreto pudiese ser esperado de manera razonable de un comportamiento prudente y previsor en esas determinadas circunstancias.

Reflejándose las formulaciones doctrinales en la -- aplicación jurisprudencial práctica, obra el trabajador negligente cuando al tiempo de la contratación ha asegurado al empresario que podría desarrollar -- sin dificultad el trabajo asignado, ocurriendo con posterioridad que el resultado del mismo ha sido completamente insatisfactorio (5); o cuando no manifiesta al empresario su deficiente experiencia para la -- ejecución del trabajo encomendado (6), o incluso -- cuando no pudiendo ser considerada en un principio la causación de la ineptitud originaria como negligente, sí lo es sin embargo con posterioridad, una vez comenzada la puesta en marcha de la prestación, porque de haber obrado diligentemente el trabajador hubiese podido reconocer que en efecto no poseía la capacidad y aptitud suficiente para la ejecución del trabajo. En un supuesto tal radicaría la negligencia en el hecho de que el trabajador ha comenzado y continuado la ejecución del trabajo, cuando reconoció, o pudo haber reconocido que no sería capaz de

ejecutarlo correctamente (7).

Relevancia especial juega asimismo para la estimación de la negligencia del trabajador, el trabajo o la función que en concreto este asume determinada a menudo por las aptitudes y cualidades propias de su clasificación profesional o de las que el -- trabajador dice tener o poseer (8). Por otra parte la apreciación de la posible negligencia debe estar fundamentada en la existencia de un nexo causal en tre ineptitud y trabajo a desarrollar. La falta de aptitud debe venir así y por imperativo legal (9) - en estrecha conexión con la prestación de servicios para cuya ejecución se celebró el contrato, y a la que consiguientemente viene obligado el trabajador. Así, "la ineptitud del trabajador, de acuerdo con - lo ordenado en el propio precepto (77 d) LCT) ha de darse con respecto a la ocupación objeto del contra to" (10), por lo que "no cabe apreciar la ineptitud cuando el trabajo deficientemente rendido ha sido - en labor distinta de la correspondiente a la cate--goría profesional (11), si bien y en atención a la función real desempeñada, no hay que olvidar que, - "no es la denominación del cargo que ejerce un productor, el que le imprime carácter, sino la función propia y específica que realice en orden a su relación laboral con la empresa a la que presta sus -- servicios" (12).

Quien por consiguiente asume la realización de una tarea, asume al mismo tiempo la obligación de ejecu

tarla conforme a lo debido, obrando negligentemente cuando al tiempo de la contratación se pone a disposición del empresario la capacidad y aptitud para la ejecución de un trabajo de naturaleza concreta y determinada, ocurriendo con posterioridad que el resultado del mismo queda por debajo de aquello que de manera justa y razonable sería de esperar y exigir (13), sin que por norma general sirva de justificación, el apelar a la posesión de un título de aptitud (14) o a la carencia de conocimientos necesarios especiales cuando el trabajador a sí mismo calificado con una determinada denominación, que haga suponer razonablemente el conocimiento o posesión de aquellos (15), pues en tales supuestos debe examinar a conciencia su aptitud y capacidad, y en consecuencia, no asumir o aceptar la ejecución del trabajo.

Bajo los presupuestos de conducta examinados, puede decirse, que el juicio de valoración de la negligencia viene fundamentado -si bien no se oculta que los márgenes de apreciación son en la práctica ciertamente borrosos- no tanto en la propia naturaleza del deber de realizar una determinada prestación, lo que no tiene lugar por falta de aptitud originaria del trabajador-, como en el acto mismo de su asunción, -en el sentido de que el trabajador al tiempo de la contratación no ha previsto o podido prever, a causa de su conducta negligente, que su aptitud y capacidad resultaría insuficiente para la correcta ejecución de la tarea encomendada, o aún cuando tal falta

de previsión no puede serle imputable, debiera haberla abandonado, o cuando menos, ponerlo en conocimiento del empresario, en el momento en que observase deficiente aptitud para su realización, o finalmente, cuando de alguna manera (asegurando poseer determinadas aptitudes, callando u ocultando ciertos defectos etc.), ha creado una "apariencia jurídica" de habilidad profesional en la que el empresario ha confiado (16).

- (1) Lo que hace que no se cumpla el interés contractual del empresario sólo -y como señalan DIETZ/WIEDEMANN- con que el trabajador "se esfuerce todo lo que a él le sea posible", "trabaje tan bien como pueda", o -"dé lo mejor de sí", porque en definitiva lo que se remunera es el trabajo en sí y no meramente los buenos propósitos o la mera predisposición para trabajar. (JUS cit.pág.118.v.asimismo BELOW F. ob.cit. -pág.652). Todo lo que supone también, conviene ya adelantarlo, una llamada a la diligencia precontractual del empresario, porque si precisamente solo -- con lo señalado no se cumple el interés contractual, debe precisamente el empresario averiguar si el trabajador que pretende contratar, es o no idóneo para desempeñar el trabajo encomendado.
- (2) Sin duda, la consideración estricta a la situación personal del trabajador puede producir excepciones - a la imputación de la asunción inicial de la culpabilidad en aquellos supuestos en que por causa de una necesidad debida a circunstancias especiales, acepta el trabajador la ejecución de una determinada actividad a pesar de no poseer la necesaria aptitud y capacidad para llevarla a cabo. Así indican GAMILLSCHEG/HANAU, la posibilidad de que sean considerados como supuestos especiales, frente a la medida general que

sobre la diligencia y responsabilidad establece el -
paràgrafo 276 BGB, aquellos en que el trabajador ha
aceptado trabajos para los que no era suficientemen-
te capaz, por la pura necesidad del trabajador de ob-
tener un puesto de trabajo. (Die Haftung...ob.cit.pàg
4). Tambièn es de considerar la posible existencia de
intimidaciòn que aparece, "cuando se inspira a uno -
de los contratantes (aquì el trabajador) el temor ra-
cional y fundado de sufrir un mal inminente y grave
en su persona o bienes, o en la persona o bienes de
su cònyuge, descendientes o ascendientes", para cuya
calificaciòn debe atenderse entre otras circunstan-
cias y caracterìsticas a la "condiciòn de la persona"
(art.1267 CC pfs.2 y 3); si bien serìa por norma ge-
neral una intimidaciòn impersonal o mejor "indirecta",
por cuanto el trabajador no se ve amenazado de manera
directa con un mal por el empresario, sino que la ame-
naza surge en realidad de su propia persona o situa-
ciòn de manera indirecta: caso de no celebrar el con-
trato de trabajo. De tener en cuenta son tambièn las
consideraciones que desde la pura perspectiva civil -
hace BETTI sobre los contratos en condiciones forza-
das concluidos por necesidad o en estado de necesidad,
supuestos a los que BETTI denomina genèricamente de -
"cooperaciòn abusiva" (ob.cit.pàgs.27 y ss. En pàg.29
indica que: "el contrato concluido por necesidad o en
estado de necesidad, cumple siempre una funciòn so-
cialmente util, porque a la parte necesitada, le pro-
cura aquello que precisa, y bajo este aspecto realiza
lo que es funciòn del negocio, es decir, el asegurar
una cooperaciòn ajena para procurar a una parte los -
bienes que necesita"; tèrminos que pueden ser de uti-
lidad para aminorar la ya difìcil existencia de culpa
in contrahendo del trabajador en tales supuestos; asì
como en aquellos otros en los que cada vez con mäs --
frecuencia se concibe el contrato de trabajo como con-
trato de adhesiòn (sobre esto cfr.SERRANO MARTINEZ, en
Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Labo-
rales. Madrid 1977 pàg.486).

- (3) En este sentido DIETZ/WIEDEMANN JUS cit.pàg.118.HERS-
CHEL RdA.cit.pàg.193. Una ineptitud originada por con-
ducta negligente del trabajador, traeria consigo se--
gùn las circunstancias, consecuencias jurìdicas dis-
tintas, abrièndose la posibilidad a una eventual res-

ponsabilidad del trabajador. (v. B.CREMADES.ob.cit. pàg.138. En el derecho alemán cfr.HUECK/NIPPERDEY - ob.cit.I.pàg.229.NIKISCH ob.cit.I.pàg.301 R.KLEIN. Die Haftung...cit. pàg.108).

- (4) En supuestos tales tiene lugar para HERSCHEL una actuación negligente del trabajador, por cuanto este - ante la duda hubiera tenido que decirle al empresario: "Ob ich das schaffe, weiss ich nicht; ich bitte um eine Probezeit" (RdA cit.pàg.193). El período de prueba proporciona al trabajador la posibilidad del propio exàmen "in situ" de su capacidad y aptitud, - así como también la posibilidad de comprobar de modo práctico tanto el ambiente como el funcionamiento empresarial. (D.NEUMANN DB 1964.pàg.7.K.H.SCHMIDT.DB.- 1968 pàgs.1401 y ss; BAG st.10.5.1971 en DB 1971.pàg.1820). No obstante, no se puede hablar de un estricto deber jurídico con carácter general de celebrar la - prueba ni por parte del empresario, ni por parte del trabajador. Cuando deba entenderse como debida aquella conducta que exigiría tanto del empresario como del - trabajador la petición y celebración de un período -- de prueba se debe determinar según la especialidad de cada caso concreto. W.BERNHARD, (Arbeitsverhältnis - zur Probe und zur Aushilfe mit Vertragsmuster.3 edic. 1965 pàg.13) señala que a pesar de la frecuencia práctica del período de prueba, no se puede hablar de que este encuentre su fundamento en el derecho consuetudinario. Tal consideración tiene relevancia porque impide al comienzo de la relación de trabajo situaciones jurídicas conflictivas. Así no podría apoyarse el trabajador, caso por ejemplo de que adolezca de falta de aptitud, en el hecho de que debe ser tratado con - un criterio de diligencia propio del período de prueba, período que debería de suponerse aún no estando - acordado, en base a que la celebración del mismo constituye por su frecuencia un uso del tráfico jurídico. De recordar no obstante para nuestro derecho, con lo cual queda disipada toda duda posible, es que la LRL en su art.17.1.establece la posibilidad de constituir un período de prueba, "siempre que se concierte por - escrito" (sobre esta exigencia v.C.DEL PESO. Dieciséis Lecciones...ob.cit.pàg.225).

- (5) ArbG.HEIDELBERG.st.29.4.1957 (en ARStW tom.XIX nr.79. pàg.27): El trabajador al tiempo de la contratación -

había asegurado a su empresario el perfecto dominio del funcionamiento de las máquinas con las que realizaría su futura prestación. Con posterioridad y a pesar de las instrucciones e indicaciones que se le proporcionaron, maneja una valiosa máquina, dejando la completamente inutilizable (supuesto constitutivo de la negligencia grave que obliga al trabajador a resarcir de los daños sufridos). Semejante st.18.6. 1971. ArbeG. Bamberg (en Arst 1972 n.104 pág.90): El trabajador en las relaciones precontractuales, se jata de poseer determinadas aptitudes que conforme a su edad y por regla general no es usual el tenerlas, cuando el trabajo a realizar reclama en principio mayor experiencia práctica que la que el trabajador poseía.

- (6) El BAG alemán ha declarado que lesiona el trabajador su diligencia debida de manera grave cuando el trabajador solicita un puesto de trabajo como transportista, a pesar de que hace ya diez años que no conduce camiones, no manifestándose sin embargo al empresario. "mangelnde Fahrpraxis vermindert aber nicht, sondern erhört die an die Sorgfaltspflichten zu stellen den Anforderungen".
- (7) Así la st. de 29.4.1957 ya mencionada, donde como se viò se estimò negligencia grave del trabajador, no sòlo por lo allí dicho, sino también, porque "er hätte mit seiner Arbeit aufhören können und müssen, als er bemerkte, dass er dazu nicht fähig war".
- (8) En este sentido HERSCHEL RdA cit. pág.192.
- (9) Así el art.77 d) LCT que en efecto se refiere a la ineptitud del trabajador, "respecto de la ocupación o trabajo para que fue contratado".
- (10) STS 6 noviembre 1969. En sentido semejante la STS 22 febrero 1968. STCT 10 mayo 1975.
- (11) STCT 16 abril 1970.

- (12) SRS 27 diciembre 1957. En este sentido v. las muy - interesantes consideraciones recogidas en la STCT - 25 septiembre 1976.
- (13) Así, el trabajador que contrata como electricista, actividad que desarrollò desde su incorporaciòn a - la empresa con "lentitud y deficiencias, por lo que sus verificaciones tuvieron que ser revisadas y re- hechas en tercera empresa especializada..!"(STS 22 - de febrero 1968). Asumiendo el trabajador la activi- dad de contable, "no es admisible se produzcan cons- tantemente omisiones en las anotaciones contables - retrasos en las òrdenes de suministros y en el pago de letras, implicando inmovilizaciòn de cantidades y tambièn el incremento de deudas, porque habìa de satisfacerlas con el consiguiente recargo". (STCT 3 de marzo 1976; en sentido semejante, ArbG, Heidel- berg.st.15.12.1960, en ARstW tom.XXVI n.225 pàg.79).
- (14) STS 17 mayo 1968.
- (15) LAG Düsseldorf (Kam.Köln) st.4.1.1966 (en DB.1966,pàg 193).
- (16) Cuando se produce la apariencia jurídica (erregter - Rechtschein) de estar en posesiòn de determinadas cua- lidades, aptitudes o habilidades, no se puede con -- posterioridad ponerla en tela de juicio contra los - intereses de la otra parte, que ha confiado, precisa- mente en aquella, pues de lo contrario quedarìa lesio- nada la debida observancia de la buena fe en el trà- fico jurídico.(en este sentido v.RIEZLER. Venire con- tra factum proprium. Studien im römischen, englischen und dutschen Zivilrecht. Leipzig 1912 pàgs.166 y ss. cit.por DIEZ PICAZO. La Doctrina...ob.cit.pàg.89).De indicar es ademàs que la actuaciòn negligente del -- trabajador da ya mayor virtualidad al principio "alle- gans propiam turpitudinem non auditur". La invocaciòn posterior por el trabajador de su propia torpeza - - ("Beruf auf das eigene Unrecht"), cuando esta fuè -- causada negligentemente, podria no excusarle, porque supondria que el trabajador estaria yendo conta sus

propios actos, principio este último que impide el que "una persona trate de obtener un resultado favorable - para ella con fundamento en un acto o en una situación irregular, cuando de esta irregularidad o de esta ilegalidad es culpable el mismo que trata de obtener el - beneficio" (DIEZ PICCAZO.ob.cit.pàg.39 v.tambien pàgs. 203-204; y RIEZLER ob.cit.pàgs.176 y ss.).

3. Culpa in contrahendo del empresario.

A. La diligencia precontractual del empresario.

a) Introducción.

La referencia a la diligencia precontractual del - empresario, es aquí, como ya se indicó de ineludible tratamiento por la permanente conexión jurídica que en todo momento muestra con la del trabajador (1), a través de dos vertientes en las que fundamentalmente se manifiestan los deberes que atañen al empresario en este estadio previo al nacimiento de la propia relación de trabajo, que en -- esencia se reconducen a su formulación en uno: conocer las facultades y peculiaridades del trabajador (art.60).

En primer término si se prescinde del exámen de la conducta del empresario, no puede vislumbrarse de manera completa hasta donde alcanza la asunción de la culpabilidad del trabajador, caso de que con posterioridad, una vez comenzada la prestación de servicios, resulte este inepto para la ejecución del - trabajo encomendado. En tales supuestos no puede el

empresario cargar sin màs el riesgo sobre el trabajador, cuando de alguna manera pudiera imputàrsele la causa o el motivo de la situaciòn producida en los tèrminos que en breve seràn expuestos.

En segundo lugar, y en lo tocante ahora ya al deber de manifestaciòn, la actuaciòn que el empresario observe con el trabajador en las relaciones precontractuales, actúa en no pocas ocasiones como elemento de estímulo a una conducta diligente de este último. Por lo demás y al igual que lo hecho en lo referente al trabajador, se examina aquí el contenido positivo de la diligencia precontractual del empresario, para con posterioridad tratar de fijar de una manera pràctica cuando deba entenderse su actuaciòn o comportamiento como negligente por lesiòn de sus deberes precontractuales.

-
- (1) Al igual que ocurre en el àmbito de la teorìa general de las obligaciones es tambièn aquí - de considerar al lado de la culpabilidad del trabajador, la propia del dañado, el empresario, entrando así en escena la compensaciòn o concurrencia de culpas que no sòlo opera en el propio desarrollo de la prestaciòn de trabajo, sino que tambièn se extiende a las relaciones previas a su ejecuciòn. (v. BOBROWSKI/GAUL. Das Arbeitsrecht...cit.pàg.496).

b) Fundamento.

Al igual que ocurrìa en lo tocante a la esfera del trabajador, se manifiesta correlativamente la buena

fe del lado del empresario a través del deber de -
protección (1). El fundamento por tanto de la dili-
gencia precontractual del empresario debe verse, -
como expresión de la buena fe, en su deber de pro-
tección (Fürsorgepflicht). Tanto este como el pro-
pio de fidelidad del trabajador existentes en la -
relación de trabajo -complementándose y correspon-
diéndose los dos de manera recíproca- (2), se ex-
tienden también a las relaciones entre trabajador
y empresario previas al comienzo de la prestación
de servicios (3).

-
- (1) El deber de protección adopta (referido lógica-
mente al empresario) en la relación de trabajo
la misma función que la buena fe en el derecho
general de obligaciones (v. HUECK/NIPPERDEY I.
ob.cit.pàg.390.v.también BETTI ob.cit.pàg.73.-
Señala sin embargo NIKISCH, que el empresario
debe comportarse conforme a la buena fe en las
relaciones precontractuales, sin que por ello
estemos ante un propio deber de protección del
mismo al trabajador. (ob.cit.pàgs.185 y ss.).
- (2) Así HUECK/NIPPERDEY. I.ob.cit.pàg.391.nota n.5
y pàgs. 405 y 415; NIKISCH ob.cit.pàg.471.WIE-
DEMANN H. Das Arbeitsverhältnis...cit.pàgs.57-
61).
- (3) Así HERSHEL RdA.cit.pàg.191. D.NEUMANN DB.cit.
pàg.1291.ENDEMANN BB.cit.pàg.266.

c) Contenido.

c-1) Deber de manifestación.

El deber de manifestación del empresario (Offenbarungs
o Auskunftspflicht) no viene únicamente justificado

en base a su comportamiento de buena fe, sino también por el mero hecho práctico de que este, tendrá posibilidad de conocer mejor, las facultades y peculiaridades de su trabajador no solamente por lo que este declare, sino incluso por aquello que el trabajador efectivamente manifieste con motivo o como causa de haberlo hecho también por su parte el empresario. La manifestación o información de este coadyuba por consiguiente al conocimiento por el mismo de las peculiaridades del trabajador, al facilitar o motivar ciertas declaraciones de este, que de otra forma podrían quedar ignoradas. Las declaraciones del empresario sobre la diversidad de peculiaridades y características de la futura relación de trabajo actúan así como causa provocadora de recíprocas manifestaciones del trabajador, lo que tiene especial relevancia y trascendencia práctica sobre todo en aquellos supuestos necesitados de explicación o aclaración sobre las características propias del trabajo a desarrollar o sobre determinadas condiciones profesionales exigidas, así como información sobre las instalaciones, maquinaria, y modo general de producción en la empresa (1), teniendo no poca importancia la situación en la que se puede encontrar el trabajador, que por su especialidad reclame una correlativa especial toma de consideración en el sentido de una mayor información del empresario (2).

(1) Pues puede en efecto ocurrir la aparición de una ineptitud, que debe reputarse como irreal o fic-

ticia, cuando, y con palabras de ALONSO OLEA, traiga su causa, "de una deficiencia en los - medios tècnicos, puestos a disposiciòn del trabajador" (El Despido.òb.cit.pàg.136 v.asimismo la jurisprudencia allí mencionada por el autor).

- (2) Casos frecuentes en la pràctica en los que se produce el deber de informaciòn del empresario, como ha puesto de relieve la jurisprudencia -- alemana, (BAG.st.8.10.1959 en DB 1959 pàg.1374), lo constituyen aquellos de existencia de un uso empresarial. Sobre el deber de manifestaciòn o informaciòn del empresario así como su responsabilidad para estos supuestos v.D.NEUMANN DB - - 1957 pàgs.868-869. Por lo demás es aquí también de aplicaciòn lo en general señalado anteriormente al tratar del deber de manifestaciòn y -- omisiòn del trabajador, en cuanto a la veracidad en la informaciòn, omisiòn de todo aquello que pueda dar lugar a confusiòn o malentendi-- do etc.

c-2) Selecciòn de la capacidad y aptitud del trabajador.

El deber del empresario de conocer las facultades y peculiaridades de su trabajador conforme al art.60 LCT, encuentra su màs fuerte expresiòn (1) en la elecciòn y selecciòn por el mismo de los trabajadores, de tal manera que sus aptitudes y cualidades se correspondan con las exigencias que la tarea o el propio puesto de trabajo conlleva (2).

Los obstàculos pràcticos que pueden dificultar el conocimiento por el empresario de la aptitud y cualidades del trabajador residen no sò-

lo en el hecho de que la averiguación de la aptitud, no siempre es de fácil realización, sino también en que tales dificultades se encuentran asimismo en el propio trabajo a ejecutar por cuanto puede suceder que aquello exigido al trabajador - para la realización de una tarea en un determinado puesto de trabajo, pueda no ser a priori claramente reconocible, ni tampoco fácil de valorar o juzgar. Sólo cuando se tiene conocimiento de las exigencias que el propio trabajo conlleva, puede ser fijada y determinada la aptitud del trabajador para la ejecución de una tarea concreta (3).

El deber del empresario de conocer la aptitud y capacidad del trabajador, se verá tanto más facilitado, cuantos más métodos emplee en su averiguación. Primera impresión, conversaciones personales, certificados de estudios del trabajador, experiencia profesional, relleno de formularios y cuestionarios, test psicológico sobre su capacidad y exámenes médicos, constituyen los medios normales, de los que entre otros se puede valer el empresario para tal fin (4).

(1) v.MARTIN VALVERDE. El período...cit.pàg.220.

(2) "Der Betrieb sollte sich zunächst ein möglichst genaues Bild verschaffen, für Tätigkeit ein -- Arbeitnehmer eingestellt werden soll". "Der --

Arbeitnehmer muss aber von vonherein wissen, was seine Tätigkeit sein soll, und der Betrieb muss auch das wissen" (GUMPERT J. Arbeitsverträge Zweckmässig Gestalten. Heidelberg. 1963. pàg. 15).

- (3) Asì H. BOEHRS. Leistungslohn. Wiesbaden 1959. pàg. 12. De indicar es sin embargo que los problemas que tales situaciones plantean, se ven en la pràctica aminorados no sòlo por la existencia de la cualificaciòn profesional del trabajador sino tambièn por aquella otra del anàlisis y -valoraciòn de tareas de paulatina pero creciente actualidad.
- (4) Sobre la importancia pràctica de la utilizaciòn y empleo de tales mètodos. Cfr. LEHMANN. G. Praktische Arbeitsphysiologie. Sttugart 1958; asì como K. SCHLESMANN. Der Arbeitsvertrag. cit. pàgs. 41 y ss y 47 y ss.

B. Lesiòn de la diligencia precontractual.

Quedando asì determinado el contenido positivo de la diligencia precontractual del empresario en el àmbito aquí de nuestro interès, surge ya la cuestiòn de precisar hasta donde sea posible, cuando deban considerarse lesionados aquellos -deberes por conducta imputables al empresario, -lo que en definitiva lleva a tratar el alcance en sus diversas manifestaciones de su deber de conocer las facultades y peculiaridades del trabajador.

Obra el empresario negligente, no sòlo cuando -

al tiempo de la contratación conocía o sabía de la deficiente aptitud del trabajador (1), sino también, cuando efectivamente no la conocía pero que, conforme a las exigencias normales y - habituales del tráfico jurídico pudo haberla - conocido. (2).

Cuando deba entenderse que el empresario debía o tenía que conocer la aptitud y cualidades de su trabajador, se deja deducir como único criterio viable en cuanto a su real efectividad de - las características y circunstancias de cada su puesto en concreto. De resaltar por su interés son algunos criterios de conducta y actuación - deducidos de la diversidad de supuestos contemplados por la jurisprudencia alemana, que no reflejan sino el hecho de que en la vida laboral no - sea infrecuente observar casos en los que el empresario asegura por así decirlo al trabajador, en base a un inadecuado triunfalismo que su aptitud y capacidad va a ser suficiente para la - ejecución de una determinada tarea, resultando con posterioridad todo lo contrario a las previsiones, no por optimistas menos negligentes de aquel: el trabajador resulta inepto para la ejecución del trabajo. No obra el empresario en tales casos con la debida diligencia al contratar a un - trabajador, despreocupándose de conocer sus facultades y peculiaridades todo lo que puede llevar a negar la imputación del riesgo de la ineptitud a la esfera del trabajador por cuanto se - produce una traslación de la culpabilidad a la esfera del empresario (3); culpabilidad que -en

mayor o menor grado en cuanto a su estimación--viene materializada en la práctica de modo ordinario cuando el empresario asigna una tarea al trabajador, que por su edad o corta experiencia era de presumir de modo razonable, el que este no podría ejecutarla ordenada y satisfactoriamente (4), o cuando asimismo asigna --trabajos especializados o que requieren un cierto grado de dificultad, a trabajadores no calificados (5), o simplemente tareas no acordes con la categoría profesional (6), o cuando omite la más elemental pesquisa o indagación acerca del estado de salud del trabajador (7).

Como cuestión subsiguiente a examinar en lo referente a la diligencia debida del empresario, está la de que este debe acudir mediante diversos procedimientos, al exámen o comprobación --práctica de la aptitud y habilidad del trabajador que desea contratar, lo que se instrumenta en el hecho de que el trabajador va a realizar ya mediante prueba la prestación objeto futuro del --contrato.

Sin duda la celebración del período de prueba --constituye el medio más importante e idóneo de que el empresario se puede y debe servir al objeto de averiguar la aptitud real y verdadera --del trabajador (8). De esta manera el deber que pesa sobre el empresario de conocer las facultades y peculiaridades del trabajador (art.60 LCT)

encuentra su proyección o materialización más eficaz en aquel otro de celebrar, cuando sea necesario, un período de prueba (9); obrando así el empresario negligentemente cuando conforme a los usos del tráfico y a las circunstancias propias del caso concreto, no estando seguro de la capacidad y aptitud del trabajador, pudiera ser esperado de manera razonable la celebración de un período de prueba, que no obstante no se produce (10), todo lo que hace que probablemente deba serle imputado al empresario el riesgo de la eventual ineptitud del trabajador, por entender que el no acudir al período de prueba, para la comprobación fáctica de la aptitud del trabajador, constituye una omisión negligente de su deber de conocer las facultades y peculiaridades de este (11).

Por otra parte y como última cuestión a señalar, puede efectivamente ocurrir, que aún no pudiéndose hablar en sentido estricto de actuación negligente del empresario al tiempo de la contratación, surga sin embargo el reproche a su conducta precontractual, cuando con posterioridad, una vez surgida la ineptitud del trabajador, -- aquel omite la observancia de una determinada actuación, cuya posterior puesta en práctica debe quedar sin efecto, por cuanto el retraso habido en su ejercicio en base a la consideración a la buena fe, puede ser constitutivo de abuso

de derecho, por ir contra un estado de confianza que el trabajador ha ido conformando y solidificando, precisamente a causa de la actitud o toma de postura anteriormente adoptada por el empresario, que ahora, y contra sus propios actos, trata de cambiar y modificar de manera inequitativa y desleal (12).

- (1) Porque entonces, "resulta evidente que este -- (el contrato) se concertò sobre esta base, y -- que, por consiguiente, no puede ser despuès -- alegada para fundamentar un despido" (ALONSO - OLEA. El Despido cit.pàg.133). Obviamente se -- piensa en estos casos que el empresario posteriormente se desdiga o contradiga de sus propios actos, porque sin duda obra diligente el empresario que sabe ya de la deficiente aptitud o capacidad del trabajador con relación a lo considerado normal o habitual, y celebra no obstante con este un contrato de trabajo.
- (2) v. HUECK/NIPPERDEY I.ob.cit.pàg.229. DIETZ/WIEDEMANN.JUS.cit.pàg.119; BELOW. Festschrift...cit.pàg.652. GAMILLSCHEG/HANAU. Die Haftung...cit.pàgs.4 y 84. La consecuencia jurídica màs resaltable en tales supuestos para la doctrina alemana, està en que el trabajador queda exonerado de responsabilidad, si bien una eventual compensaciòn de culpas es de tener en cuenta. Aisladas opiniones doctrinales han imputado el riesgo de la ineptitud del trabajador en la esfera del empresario, solamente en los casos en que este efectivamente conocia tal ineptitud; no bastando por consiguiente para tal imputaciòn y la -- consiguiente exenciòn de responsabilidad del -- trabajador, el hecho de que el empresario no la conocia, pero que tenia o debia conocerla. (v. P.OERTMANN. Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.pàgs.135-136).

- (3) Señala HERSCHEL, que en tales supuestos se pasa de una "Uebernahmeverschulden" del trabajador, a una "Uebergabeverschulden" del empresario. RdA. cit. pàg. 193.
- (4) Así la st. 18.6.1971 (ArbG. Bamberg) ya menciona da, donde al lado de la culpabilidad del trabajador, se apreció también como concurrente - la del empresario. No observa la diligencia de bida el empresario que contrata a un trabajador como camionero, aún sabiendo que este tenía el carnet de conducir desde hacía solamente seis meses y que no poseía ningún tipo de vehículo, por lo que le faltaba práctica para la realización de tal cometido... (LAG Hannover. st. 13.2.1958 en BB 1958 pàg. 841, donde se apreció asimismo concurrencia de culpa en el - trabajador). Obra negligente el empresario propietario de una agencia de viajes, cuando confía a un empleado joven e inexperto la dirección de una sucursal de la agencia. (ArbG Stade. st. 11.2.1966. en ARstW 1966. nr. 1201. pàg. 123):
- (5) Asignar trabajos administrativos a un trabajador no cualificado para realizarlos (ArbG. Ludwigsburg. st. 31.1.1966. BB. 1966. pàg. 287); conferir a un simple minero tareas de gerente de -- una sucursal (ArbG. Kiel. st. 9.4.1959 en ArstW. tom. XXIII. n. 76. pàg. 26); contratar precipitadamente a un trabajador, que había sido minero - con anterioridad como capataz de un equipo de estos (BAG st. 27.1.1970. Ap. nr. 2).
- (6) Encomendarle a un sencillo estenotipista trabajos de contabilidad o teneduría de libros, - tarea para la que resulta inepto con posterioridad. (LAG Hamburg sr. 13.1.1956. ARstW tom. XVI n. 82. pàg. 30). Al ser declarada improcedente, - carga el empresario con el riesgo de la ineptitud de la trabajadora, que contratándose con - la categoría profesional de "almacenero", se - comprometió, "a conservar y custodiar los productos que le entregue (la empresa), siendo --

responsable de los daños y de las diferencias que por recuentos o comprobaciones se realicen", con lo que hay que entender que "no es propia de esta categoría la tarea de vigilar y cuidar la fecha de caducidad de los productos ya que no aparece en la definición nexa de la propia Ordenanza..." (STCT 10 mayo 1975).

- (7) Así , no prospera la declaración de ineptitud de la trabajadora, entre otras causas, porque "...la epilepsia controlada que padece la actora no ha tenido su origen después del inicio - de la relación laboral, sino que es anterior - al contrato de trabajo entre las partes y consiguientemente no se han producido aquellas allteraciones objetivas que mermen la capacidad - de la actora en relación con la que tenía al - iniciarse el trabajo siendo en su consecuencia las mismas..." (STCT 10 julio 1975).
- (8) "Consiste precisamente en experimentar sobre - el terreno la satisfacción del interés del empleador tras la puesta en práctica de la relación ñaboral" (MARTIN VALVERDE. El Período.... cit.pàg.213).
- (9) v.MARTIN VALVERDE.ob.cit.pàgs.220-221.
- (10) O bien si se produce, obra asimismo el empresario negligente cuando no le asigna al trabajador "las experiencias que constituyen el objeto de la prueba" (art.17 LRL). En este sentido señala MARTIN VALVERDE que, "si es claro que - al empresario se exige, en base al art.60 LCT, un esfuerzo de averiguación de las cualidades profesionales de los candidatos a ocupar puestos de trabajo en su organizacion productiva, - no menos claro será mantener dicha exigencia - (y el deber de experimento implícito) en una - fase de la relación contractual destinada pre-

cisamente a despejar las incògnitas sobre tales cualidades que no han podido ser eliminadas a priori" (ob.cit.pàg:221). La diligencia debida del empresario le obliga por tanto a realizar "las experiencias" de que habla la LRL, entendidas estas con C.del PESO , como deberes de "ocupaciòn efectiva y ocupaciòn -- adecuada" (en Diecisiete Lecciones...cit.pàg. 228).

- (11) Probablemente haya que ver estos supuestos de omisiòn negligente por el empresario de su deber de conocer, asimilados a sus efectos a -- aquellos otros en los que el empresario al -- tiempo de celebrar el contrato sabìa ya de la deficiente aptitud del trabajador, en el sentido de que en aquellos, como ocurre en estos (sobre esto v.las consideraciones de ALONSO - OLEA en Apèndice a la 4.edic.cit.pàg.21), no pueda ser con posterioridad vàlidamente alegada la ineptitud, como motivo o causa de despidido. De esta manera la diligencia aporta tambièn su criterio de valor y enjuiciamiento sobre la garantìa a la seguridad y estabilidad en el empleo, al evitar que el comportamiento descuidado e imprudente del empresario al tiempo de la contrataciòn, se vea con posterioridad paradòjicamente "premiado" con la facultad de anular el contrato. En este sentido, el error, como circunstancia invalidante del consentimiento a que se refiere el art.1266 CC, no debe prescindir en la relaciòn de trabajo -por cuanto se ignorarìa gravemente la observancia y aplicaciòn de la buena fe precontractual-del examen de su imputabilidad; pues de lo contrario, obrarìa negligentemente el empresario, argumentando con posterioridad la existencia de un error "sobre la sustancia de la cosa que fue re objeto del contrato" (art.1266 CC), pudiendo así proceder a anularlo.

No obstante, no puede quizàs afirmarse que la no celebraciòn del periodo de prueba constituya de por sí -al prescindir del exàmen de la conducta observada por el trabajador el fundamento que atribuya a su esfera el riesgo derivado de la ineptitud, pues de lo contrario, po--

drian producirse efectos contrarios al indicado: la toma de conciencia por el empresario - de asumir un riesgo tan grave le llevaria en todo caso a establecer, para protegerse del - mismo, un periodo de prueba, no admitiendo co- mo fijo al trabajador hasta estar "completa- mente seguro" de su habilidad, lo que lejos - de reforzar, disminuiria la garantia a la con- servacion y estabilidad en el empleo.

Ciertos sectores doctrinales alemanes han afir- mado que no cae dentro de la esfera de riesgo del trabajador, sino en la propia del empresa- rio, aquellas faltas cometidas durante el desa- rrollo de la prestacion que no son de atribuir a la inobservancia de su diligencia, sino a la mera deficiencia de su aptitud, aun cuando el empresario al tiempo de la contratacion ni la conocia no tenia que conocerla (es decir, cuan- do no pueda serle achacada falta de diligencia debida en su actuacion precontractual), por -- cuanto el empresario tiene que tener presente que el trabajador por el contratado, puede no llegar a realizar la prestacion en la forma y altura que el esperaba. Si el empresario quie- re estar seguro sobre si el trabajador esta o no en posesion de la aptitud necesaria debe -- concertar con este un periodo de prueba. (asi NIKISCH I.ob.cit.pàg.301. En sentido semejante tambien KLEIN, para el que, la aptitud del tra- bajador, como criterio subjetivo, indica que - prestacion debe el trabajador, no sin embargo aquello que objetivamente seria de esperar, por lo que el empresario carga con el riesgo de la ineptitud no negligente del trabajador (Die - Haftung...ob.cit.pàg.108). Tales consideracio- nes deben considerarse acertadas si se piensa que el riesgo que se imputa al empresario va - solamente referido a la asuncion de las conse- cuencias danosas que la ineptitud del trabaja- dor pueda provocar (de las cuales no responde este al no haber sido negligente) (LAG Düssel- dorff.st. 8.2.1956, en DB 1956.pàg.108). Tales consideraciones deben considerarse acertadas - si se piensa que el riesgo que se imputa al em

presario va solamente referido a la asunción de las consecuencias dañosas que la ineptitud del trabajador pueda provocar (de las cuales no responde este al no haber sido negligente) (LAG Düsseldorf.st.8.2.1956, en DB 1956.pàg. 380; pues se està ante el riesgo de empresa), no sin embargo a privarle de la facultad de resolver el contrato, por la mera circunstancia objetiva de existencia de ineptitud originaria del trabajador, habiendo actuado tanto este como el empresario, con la diligencia debida al tiempo de la contratación.

- (12) Piénsese en el supuesto de que el trabajador realizó satisfactoriamente su prestación durante los primeros días subsiguientes a la celebración del contrato, mostrándose no obstante con posterioridad inepto. Nos encontramos ante una ineptitud "sobrevenida aparente", que no es sino una "originaria". Llegado este momento (lo que se haría depender de las circunstancias de cada caso en concreto conforme a las costumbres y usos profesionales) debe "denunciar" el empresario la ineptitud originaria del trabajador sin que le sea permisible alargar esta situación (convencimiento de la falta de aptitud del trabajador por lo que ya han pasado eventuales períodos de espera o confirmación de la misma), hasta extremos contrarios a la buena fe en el sentido arriba indicado. De no hacerlo así obra negligentemente, sin que después pueda excusarse y apoyarse para proceder al despido en el hecho de que la ineptitud es "sobrevenida", hecho que permitiría este; por cuanto que el trabajador, originariamente inepto, ante la falta de denuncia del empresario, ha confiado en la actitud de este, en la esperanza de conservar su puesto de trabajo. Se trata en definitiva de la aplicación para tales supuestos (obviamente para aquel otro trabajador originariamente inepto, que evidencia su falta de habilidad ya desde el primer día de su incorporación al trabajo) de la doctrina alemana de la "Verwirkung" de paulatina creación jurisprudencial.

dencial como desarrollo del principio de la buena fe del paràgrafo 242 BGB, que en sustancia preconiza, que caso de que el titular de un derecho (aquì el que le asiste al empresario de resolver el contrato) no lo ejercita durante aquel tiempo en el que de manera razonable pudiera ser esperado que lo hiciese y - que ademàs con su actitud adoptada de su no - ejercicio genera la confianza en la otra parte, el trabajador, de que desiste de ponerlo en pràctica; decae definitivamente la virtualidad del mismo. La aplicaciòn de la "Verwirkung" (decadencia o falta de eficacia del - - ejercicio de un derecho) se ha ido extendiendo progresivamente al àmbito del Derecho del Trabajo, en especial en lo que afecta al despido) (v. FRANKE JW. 1937. pàgs. 1138 y ss; GUNTER. AuR 1957. pàgs. 169 y ss.).

4. Culpa in contrahendo en el periòdo de prueba.

Si bien no es de poner en duda que del periòdo de prueba se originan para trabajador y empresario - los mismos derechos y obligaciones que en la relaciòn de trabajo normal (1), la diligencia del trabajador posee sin embargo durante este periòdo algunas especialidades, por su interès necesitadas de exàmen. Tales especialidades abarcan por otra parte no sòlo la diligencia debida durante el propio periòdo de prueba, como se verà, sino tambièn aquella que tiene lugar al tiempo de celebrarse y concertarse el mismo entre trabajador y empresario.

Asì, y de la misma manera que antes de la puesta en marcha de la propia relaciòn de trabajo tiene lugar un periòdo de relaciones precontractuales en -

el que tanto trabajador como empresario deben observar una determinada diligencia materializada - en unos concretos deberes de conducta, ocurre que también tales deberes se sustancian u operan al tiempo de la celebración del período de prueba.

El grado de diligencia a observar no viene sin em bargo debido en iguales t^{er}minos, que en las propias relaciones precontractuales, por cuanto que de lo contrario se estaría yendo en cierto modo -- contra la propia naturaleza y finalidad del período de prueba. En este sentido no vendría obligado el trabajador a un concienzudo exàmen personal de su capacidad y aptitud para el trabajo, porque para su comprobación se concierta precisamente aquel. - Obraría por tanto diligente el trabajador que creyò que su aptitud y capacidad sería suficiente para cumplir con las exigencias del trabajo a prueba (2); no sin embargo probablemente cuando se tratase de determinadas aptitudes y facultades que incluso para el período de prueba fuesen esenciales, por lo que era obvio el suponerlas (3).

Tampoco el deber de manifestación del trabajador - debe ser visto en t^{er}minos tan fuertemente exigentes como en las propias relaciones precontractuales. Incumple este la observancia de la diligencia debida en todo caso, cuando median manifestaciones dolosas del empresario, así como cuando oculta maliciosamente faltas o defectos al mismo, o cuando, aún sin tener tal ocultación carácter malicioso, va referida a cualidades esenciales para la ejecución del

trabajo cuando hubiese mediado pregunta expresa - del empresario (4).

Paralelas consideraciones deben hacerse del lado - del empresario. El deber, que en las relaciones -- precontractuales normales pesa sobre èl de conocer las facultades y aptitudes del trabajador, queda - en cierta manera desdibujado o aminorado a causa - tambièn de la propia finalidad perseguida por el - periodo de prueba (5).

-
- (1) v.MARTIN VALVERDE. El Periodo...cit.pàgs.213 y ss. BOBROWSKI/GAUL. Das Arbeitsrecht...cit.pàg. 73. HUECK/NIPPERDEY I.ob.cit.pàg.539; NIKISCH. I.ob.cit.pàg.678. G.SCHAUB. Arbeitsrechthandbuch cit.pàgs.139 y ss.El contrato de trabajo a prueba debe reputarse como un verdadero contrato de trabajo, bien que con algunas especialidades, - sobre todo en lo concerniente a su estabilidad temporal. (v.BAYON CHACON/PEREZ BOTIJA. Manual..I cit.pàg.313. C.del PESO. Diecisiete Lecciones... cit.pàg.228).
- (2) LAG Frankfurt/M.st.6.4.1949 (DB 1949 pàg.336).
- (3) D.NEUMANN.DB.1964.cit.pàg.660.
- (4) v.NEUMANN.ob.cit.pàg.cit. Las manifestaciones - u omisiones dolosas del trabajador tienen que - tener caràcter causal, es decir, que sin estas no hubiese concertado el empresario el periodo de prueba (en este sentido la st.16.4.1955.ArbG. Husum en ARtw.tom.XIV nr.406 pàgs.401-402).

- (5) La jurisprudencia alemana ha señalado en alguna resolución aislada que según las circunstancias del caso pueden no recaer sobre la esfera de riesgo del empresario los riesgos de un incumplimiento defectuoso, aún sabiendo que el trabajador a prueba no había trabajado satisfactoriamente en su empleo anterior, pues la oportunidad de realizar el trabajo de manera ordenada y satisfactoria que el empresario da al trabajador, no puede sin más y con carácter general recaer sobre su esfera de riesgo. (LAG Baden-Württemberg.st.25.3.1969; en DB - - 1969 pàgs.1067-1068).

II. Cumplimiento defectuoso de la prestación a causa de ineptitud sobrevenida del trabajador.

Una vez celebrado el contrato de trabajo, siendo efectivamente apto el trabajador para la realización de su prestación al demostrar su habilidad y capacidad en el desarrollo de la misma, puede no obstante tener lugar un defectuoso cumplimiento, motivado por una pérdida o disminución de su aptitud y capacidad que le impida, bien en parte o en su totalidad (1), continuar la ejecución de su trabajo de forma ordenada y satisfactoria a como la venía realizando (2), lo que en mayor o menor medida según los supuestos, viene a dañar el interés contractual del empresario en que el trabajador posea y mantenga (e incluso perfeccione) con carácter estable su capacidad productiva.

El problema que de lo dicho surge en el ámbito de nuestro interés, es el concerniente a deter

minar cuando una pèrdida o disminuciòn de la capacidad del trabajador trae su causa, directa o indirecta, en la inobservancia de la diligencia debida, o, expresado en otros tèrminos, cuando la ineptitud surgida o sobrevenida, puede ser imputada a la actuaciòn o comportamiento negligente del trabajador.

Por otra parte, y si bien la nociòn de ineptitud sobrevenida puede llevar a pensar en una estructura unitaria o uniforme de la misma, - por cuanto que lo que esta supone es en definitiva una falta o disminuciòn objetiva del - rendimiento; lo cierto es que en la pràctica laboral se manifiesta bajo dos vertientes fundamentales de importancia capital para enjuiciar la relaciòn o conexiòn existente entre - diligencia e ineptitud, asì como para indagar la verdadera raìz de la eventual imputaciòn de la falta de aptitud al trabajador: frente a una ineptitud sobrevenida en sentido estricto, surgida por la pèrdida o disminuciòn real de la - aptitud o capacidad (por lo que hay que calificarla de ineptitud sobrevenida "propia"), se - coloca aquella otra ocasionada no por la pèrdida efectiva de aptitud o capacidad, si no por aquella otra, que en base a sus caracterìsticas y peculiaridades como se verà, debe reputarse "impropia" o ficticia, por cuanto lo que en el fondo refleja es un comportamiento efectivamente negligente del trabajador (3).

- (1) De aquí que la terminología que se emplea no - debe inducir a confusión. Lo "defectuoso" del cumplimiento va referido no sólo a que el trabajador efectivamente trabaja pero "mal"; sino que también se extiende a aquellos casos en que el trabajador no realiza en modo alguno la prestación.
- (2) Nuestra jurisprudencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que la ineptitud es apreciable en cualquier momento del desarrollo de la relación laboral. Así, "la ineptitud puede ser apreciada en el trabajador, aunque lleve varios -- años trabajando al servicio de la empresa"(STCT 2 junio 1965, 5 octubre, 1968, 23 noviembre -- 1972; 26 septiembre 1973); por lo que nada obsta a la posibilidad de declarar inepto a un trabajador, aunque durante años haya justificado - un rendimiento normal o bueno en el mismo trabajo o en la misma empresa (así ya las STS 2 octubre 1940; 4 diciembre 1944; 9 octubre 1945).
- (3) Se trata en definitiva, y con palabras de VIDA SORIA, de identificar supuestos de falta de rendimiento -de trabajo defectuoso- que no provengan de una imposibilidad sobrevenida (en Dieciseis Lecciones...1969, cit. pág. 114).

1. Ineptitud sobrevenida propia.

La ineptitud sobrevenida entendida ahora en sentido estricto, constituye un evento en el que concurriendo una imposibilidad objetiva y subjetiva en el trabajador de poder proseguir el cumplimiento de su obligación (1), adopta caracteres cercanos

a los propios de la fuerza mayor, lo que excluye en principio la posibilidad de que el incumplimiento sea imputable al trabajador (2), si bien sólo de una manera relativa, por cuanto que esta ineptitud no està exenta de tener su causa en un comportamiento o actuación indiligente, lo que - debe ser objeto de valoración atendiendo a si se dan o no aquellas peculiaridades que conformen la ineptitud como un verdadero caso fortuito (3).

- (1) La ineptitud sobrevenida en sentido propio o estricto, puede ser tanto física o corporal, como intelectual o psíquica, y reflejar o ser determinante o duradera, así como ser susceptible o no de corregimiento. Las causas motivantes son normalmente las de la edad, accidente (común o de trabajo), enfermedad (asimismo común o profesional); o bien lo que el DLRT 4 marzo 1977 art.39.1.b.) denomina "modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo" a las que consigue adaptarse el trabajador (nuevos métodos o formas de producción, introducción de nueva maquinaria etc.), supuestos estos sólo relativamente novedosos, por cuanto podrían considerarse ya subsumidos en el art.18.1 de la LRL 8 abril 1976, al hablar de "causas tecnológicas o económicas" que facultan a la extinción de la relación laboral, si bien, con la aplicación del art.39.1 b) del DLRT, no se necesita ya como el art.18 LRL preceptua, autorización previa del Ministerio de Trabajo (en este sentido v.la obra de autor colectivo. Nueva Regulación de las Relaciones de Trabajo. Valencia 1977.pàg.69).
- (2) v.ALONSO OLEA. El Despido.cit.pàg.135; J.A.SAGARDOY. El despido laboral y los expedientes de crisis.1969.pàg.87.

ciales determinantes del contrato, entienden, impiden su continuidad...por lo que no fue la ineptitud si no la incapacidad la determinante de la extinción del contrato..." STS 3 noviembre 1970; cfr.sin embargo STCT 14 mayo 1973 y 21 noviembre 1973). Se decía que como dato objetivo, lo que se operaba era una disminución del rendimiento normal del trabajador. La mención legal (art.135 LSS) al posesivo "su" deja ya entrever que probablemente se está ante un criterio de medición del rendimiento de carácter subjetivo y no objetivo. Se atenderá pues al rendimiento normal o habitual que el trabajador venía desarrollando antes de verse afectado de incapacidad, característica que puede ser de relevancia para impedir la resolución del contrato, en aquellos supuestos en los que el trabajador, a pesar de verse afectado de incapacidad permanente parcial, llegue no obstante a alcanzar el rendimiento mínimo exigible, porque por ejemplo con anterioridad a aquella haya alcanzado de manera habitual el rendimiento óptimo, en virtud de su extraordinaria aptitud o capacidad. Lo mismo puede aplicarse a supuestos que si bien no constituyen una incapacidad permanente parcial, si determinan no obstante una ineptitud sobrevenida que en el fondo no tiene este carácter. Piénsese en el supuesto de que el trabajador con el paso del tiempo, y al llegar a mayor de edad, disminuye por causa de esta su rendimiento habitual anterior, quedando no obstante por encima del mínimo exigible. En uno y otro supuesto la voluntad negocial del trabajador, no ha querido ni pensado que con una alteración de las circunstancias en el sentido visto, tuviese que rendir lo mismo que con anterioridad a la aparición de aquellas, (v.TI TZE. Richtermacht und Vertragsinhalt. Tübingen -- 1921 pàg.20).

A. Negligente ineptitud sobrevenida.

a) Previsibilidad y evitabilidad.

El juicio de valoración de la negligencia se determina en primer término, a través del examen de si

la ineptitud trae su causa de acontecimientos imprevisibles (o inevitables) o previsibles pero -- inevitables, o de otra manera dicho, si con el empleo de la diligencia debida hubiese podido el -- trabajador prevenir o evitar la disminuciòn o pèrdida de su aptitud y en consecuencia poder paliar los efectos perjudiciales, que aquella produjo en el desarrollo de la prestaciòn. Aquella ineptitud sobrevenida, que incluso con el empleo de la diligencia debida, sea imprevisible, o previsible pero inevitable, no puede ser imputable al trabajador (1), ni subjetiva ni tampoco objetivamente, -- por cuanto el tràfico jurìdico laboral no puede -- esperar ni tampoco exigir del trabajador afectado de una ineptitud sobrevenida imprevisible o inevitable, que estè en situaciòn de realizar la prestaciòn con el mismo grado de correcciòn, a como -- si aquel no hubiese experimentado esta. Al trabajador afectado por una pèrdida o disminuciòn de -- aptitud no se le compara con un trabajador que es tè siempre en posesiòn de las aptitudes necesarias para la ejecuciòn ordenada de su trabajo, sino que por el contrario debe ser equiparado a aquel trabajador de caracterìsticas y trabajo semejantes que no es inmune a inevitables o imprevistas pèrdidas de aptitud (2).

Se debe en consecuencia reputar la ineptitud sobrevenida como negligente, cuando la pèrdida o disminuciòn de la aptitud o capacidad ha tenido su causa en una conducta tal de falta de previsibilidad

que lesione aquella que de manera normal y razona
ble podría ser esperada y exigida en el tráfico -
jurídico laboral en circunstancias similares; sin
olvidar, porque debe tenerse siempre presente, la
valoración de las circunstancias especiales en ca
da supuesto en concreto (3).

Por otra parte se presentan supuestos en la pràc-
tica de pèrdida o disminuciòn de la aptitud y ca-
pacidad en los que para la valoración de la dili-
gencia no se acude en primer tèrmino al exàmen de
la previsibilidad o evitabilidad, por cuanto la -
sobreveniencia de la ineptitud, està en cierto mo
do prevista o presupuesta, sin que por lo demàs,
y normalmente, se pueda hacer nada para evitar el
hecho que la desencadena, sino que, y por el con-
trario, debe ser llevada en primer plano por otros
derroteros jurídicos que son reflejo de la pura re
laciòn fàctica de la personalidad del trabajador -
con el medio en donde este ejecuta su actividad. -
Asì, no debe considerarse negligente la ineptitud
sobrevenida, que estaba o debìa estar prevista o -
presupuesta por el trabajador, o bien ser esperada
y reconocida por este a la vista del caràcter con-
tinuado en el tiempo de la prestaciòn de trabajo -
(4).

(1) v. BELOW. ob.cit.pàg.652; SCHLESMANN ob.cit.pàgs
170-171. En supuestos tales no queda afecto el
trabajador a responsabilidad, pues de lo con--
trario, se estaría yendo contra el tenor del -
art.1105 CC. inciso segundo: "nadie responderà
de aquellos sucesos que no hubieran podido pre
veerse, o que, previstos, fueran inevitables";

si bien la virtualidad de este segundo inciso, depende a su vez del primero del mismo precepto: -- "fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación", por lo que surge una cuestión necesitada de aclaración. La ausencia de responsabilidad del trabajador a que aquí se hace referencia, debe ser entendida sin perjuicio de la facultad legal que asiste al empresario de resolver el contrato por imposibilidad sobrevenida; lo que el DLRT 4 marzo 1977 engloba bajo la denominación, "despido por -- circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades del funcionamiento de la empresa", y que su art.39 en el ámbito de nuestro interés, especifica en : "la ineptitud del trabajador...sobrevenida" (apartado a), y "la falta de adaptación del mismo a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo que viniera desempeñando, siempre que fuese adecuado a su categoría profesional" (apartado b). Es este el riesgo con el que carga el trabajador; y a tenor de la dicción del art.1105 del CC por el que debe responder, por ser --como dice el mencionado precepto-- uno de los posibles casos expresamente mencionados en la ley".

- (2) Ya TITZE habla atenuado en su tiempo la postura -- doctrinal de que la dificultad sobrevenida de la prestación no exoneraba al deudor, porque sólo la absoluta imposibilidad podía excusar al mismo del incumplimiento (Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutsch.bürg.Recht.1900.pàg.23). Para ATTOLICO, -- cuando el legislador habla de incumplimiento de -- proseguir el cumplimiento de la prestación prometida, no puede hablar más que en sentido humano. (en Foro It., 1919 I., pàgs.10 y ss.cit., en PREDELLA. La figura...ob.cit.pàg.69).
- (3) Pese a su gran relevancia, quedan aquí inconsiderados aquellos supuestos potencialmente determinantes de una ineptitud sobrevenida que traen su causa del comportamiento observado por el trabajador en su esfera privada, por cuanto su problemática -- se examina detenidamente en pàgs.557 y ss. de este trabajo a las que se hace remisión.

- (4) Supuesto típico lo constituye la paulatina disminución de la capacidad y aptitud del trabajador a causa de la edad. Una ejecución defectuosa de la prestación ocurrida bajo tales circunstancias no puede ser considerada negligente, - por cuanto el trabajador cumple incluso objetiivamente con lo que el tráfico jurídico laboral podría esperar de un trabajador de su misma -- edad en igual o semejante trabajo. No obstante, esto no significa, no que la avanzada edad del trabajador lleve automáticamente a tales consequencias (porque como señala ALONSO OLEA, la - edad por si misma no sienta ninguna presunción iuris tantum de incapacidad. El despido.cit. - pag.136; en el mismo sentido SAGARDOY, ob.cit. pàg.89), pero tampoco el que la edad se constituya por si sola, sin más en causa de justificación de un cumplimiento defectuoso (en este sentido MOLITOR, AR-Blattei, "Arbeitspflicht I cit, por SCHLESMANN ob.cit.pàg.170). Probablemente no haya de verse ineptitud sobrevenida - en el caso de que el trabajador que venía realizando su jornada de trabajo "partida", no se encuentre ahora capacitado por razones de edad para realizar el mismo trabajo en jornada continuada. En este sentido señala acertadamente GARCIA NINET, que en tales supuestos sería conveniente arbitrar privilegios en favor o a partir de una determinada edad. (Jornada de trabajo. Horarios y horas extraordinarias.1977.pàgs. 135-136).

b) Toma de actitud del trabajador.

La diligencia debida del trabajador se extiende - asimismo a procurar el satisfactorio desarrollo - de la prestación, aún cuando tengan lugar eventuales modificaciones en su estructura y modo de ejecución, todo lo que no suele representar problemas, cuando aquellas no revisten cambios profundos en el modo y manera de ejecutar el trabajo, - teniendo por el contrario gran relevancia, caso -

por ejemplo de que la empresa introduzca nuevas tècnicas o mètodos de producciòn, que originen un cambio sensible en el modo y manera en que a partir de este momento deba ser realizado el trabajo (1).

La negligencia del trabajador en tales supuestos no debe verse en la posible ejecuciòn defectuosa de su trabajo (2), sino que por contra debe buscarse en la propia toma de posiciòn o aptitud -- del trabajador (3) en el momento en que las modificaciones tecnològicas del puesto de trabajo determinan o provocan su ineptitud sobrevenida. Su diligencia se concreta ahora, en este punto, en tratar de asimilar lo mejor posible las nuevas -- tècnicas productivas, y adecuarse a los nuevos - mètodos de trabajo introducidos. Seria así negligente el trabajador que no pone interès en asimilar un nuevo mètodo de trabajo, en aprender el manejo de una màquina de reciente adquisiciòn o que en general no se esfuerza a como de manera razonable podria ser esperado en adaptarse a la nueva - situaciòn empresarial (4), sin prescindir empero, como constantemente se viene resaltando, de la consideraciòn a la personalidad del trabajador, así como al cargo que el trabajador desempeña (5).

(1) Tales supuestos son los en esencia reconducibles a las "modificaciones tecnològicas del - puesto de trabajo" a que se refiere el DLRT - 4 marzo 1977, art.39.1b), segùn se viò; modi-

ficaciones que por lo demás pueden ser en cantidad (prestar un mayor o más trabajo) o en cualidad (prestar un trabajo diferente), si bien, y -- ajustándose a lo prescrito en el DLRT, deberá traer su causa en un cambio de tecnología. (v. autor colectivo. Nueva Regulación...cit.pàg.69).

- (2) La diligencia debida del trabajador anterior a la modificación, no puede, una vez ocurrida esta, -- ser debida con el mismo grado o de la misma manera. Lo que puramente considerado, constituiría la falta de adaptación al puesto de trabajo a la que se refiere el art.39.1.b) DLRT, si bien no negligente; ocurrida una modificación tecnológica, no puede exigirse al trabajador el que ejecute su prestación con igual eficacia a como la venía realizando con anterioridad, por lo menos hasta haber -- transcurrido un cierto período de tiempo de adaptación a la nueva técnica o método productivo (so-- bre esto v. autor colectivo. Nueva Regulación cit.. pàgs.70-71). Si a pesar de esto, persiste la ineptitud sobrevenida, se estará ya plenamente en el supuesto de "falta de adaptación" al puesto de trabajo, al que se refiere el art.39.1.b) DLRT, si -- bien no negligente.
- (3) Se concreta así una nueva obligación del trabajador que con anterioridad ya había sido señalada -- en nuestra doctrina como supuesto reconducible a la ineptitud, y que también habría podido ser afirmada en base al art.1258 CC (cumplimiento de los -- contratos según la buena fe) y art.60 LCT (deber -- de colaboración del trabajador en la buena marcha y prosperidad de la empresa a que pertenece). Esta podría ser descrita en los términos siguientes: "la de progresar en su capacidad profesional, readaptándose profesionalmente a las modificaciones -- que los avances tecnológicos exijan de su trabajo dentro de los límites de su categoría profesional" (autor colectivo ob.cit.pàg.70).
- (4) Sería en definitiva un supuesto constituyente de la noción general de la ineptitud reconducible con palabras de SUAREZ GONZALEZ a los casos de "no pro--

esperar sea creciente", o bien, una de las múltiples manifestaciones de lo que SAGARDOY denomina el "estancamiento profesional" (El despido laboral...ob.cit.pág.88).

- (5) Obviamente no puede exigirse de la misma manera el deber de mantener o "recuperar" la aptitud a un trabajador sencillo, que a uno altamente cualificado. La diligencia que en cada caso sea de exigir se hace depender por tanto y en gran medida del puesto que el trabajador ocupa en la empresa. Con razón señala SCHLESMANN, que cuanto más alta es la función que el trabajador tiene en la empresa, tanto más grande es su responsabilidad en mantener su propia capacidad de trabajo. (ob.cit.pág.171).

B. Deber de comunicación.

La ineptitud sobrevenida del trabajador, puede resultar así mismo negligente no bajo los presupuestos de conducta hasta ahora examinados, sino bajo aquellos otros tendentes a reprochar al trabajador, el que una vez ocurrida y observada aquella, continuó sin embargo la ejecución de su trabajo -- sin comunicarle (1) al empresario el hecho de la disminución de su aptitud o capacidad o aún ocurriendo así, no lo hizo sin embargo en tiempo razonable y oportuno pudiendo haberlo hecho (2). Por otra parte, la comunicación al empresario debe abarcar no sólo el mero hecho de la disminución de la aptitud y capacidad una vez ocurrida o al daño causado -- por la misma, sino también a manifestar al empresario la posibilidad racional o evidente de que pueda tener lugar una ejecución defectuosa de la prestación, precisamente en base a la aparición de la ineptitud (3).

Respecto a si debe verse ya la negligencia en toda falta de comunicación de la ineptitud sobrevenida porque se piense -- que cualquier disminución de la aptitud y capacidad debe -- ser puesta en conocimiento del empresario, es una cuestión que debe hacerse depender de la aplicación y alcance que en cada caso concreto se atribuya al deber de fidelidad del -- trabajador, así como a la consideración de lo que en cada -- supuesto específico pueda entenderse como ejecución defectuosa de la prestación (4).

-
- (1) Comunicación a la que viene obligado el trabajador a tenor del art.62 LCT, por cuanto la ineptitud sobrevenida podría reputarse a estos efectos, para el trabajador, como un "entorpecimiento para ejecutar su trabajo", como indica el mencionado precepto.
- (2) v.BELOW ob.cit.pág.652. HUECK/NIPPERDEY I.ob.cit.pág.229; NIKISCH I.ob.cit.págs.301-302.

- (4)v. NIKISCH I.ob.cit.págs.301-302. En la práctica no se puede ver probablemente como negligente al trabajador que sufriendo una ínfima disminución en su capacidad, ocasiona pequeños daños, faltas o descuidos, durante el desarrollo de su actividad. Con esto no se quiere sin embargo decir -- que se vea simplemente como debida aquella diligencia dirigida únicamente a comunicar al empresario la disminución o pérdida evidente de la capacidad o aptitud, o solamente -- cuando esta esté relacionada con un daño o pérdida de consideración. Bajo la perspectiva de la psicología laboral -- es también de considerar la relevancia que pueda tener el hecho de que el trabajador prefiere trabajar con su capacidad o facultades disminuídas, a decírselo a su empresario, por miedo a represalias.

2. Ineptitud sobrevenida impropia.

A. La postura jurisprudencial.

La jurisprudencia nos muestra frecuentemente el hecho de que bajo la etiqueta de la ineptitud se esconde en realidad una falta de diligencia, que como tal parece no tener cabida en el ámbito de las causas justas de despido, si no es con el apoyo -- de aquella, todo lo que en la práctica puede apreciarse de manera más o menos directa y expresa (1).

Por otra parte, se observa no raramente la dificultad a la que antes se hizo referencia, tendente a deslindar la culpa o negligencia del dolo, por -- cuanto en ocasiones resulta materialmente imposible discernir, si se está ante una ineptitud por -- disminución culpable del rendimiento, o bien ante una disminución voluntaria del mismo (2). Aún cuan

do se suele distinguir teòrica o conceptualmente (3), al contemplar las características propias - del supuesto en concreto se adoptan sin embargo fòrmulas ambiguas o ambivalentes, o sustitutivas una de la otra que no vienen sino a confirmar la dificultad expresada (4).

-
- (1) Así por ejemplo la STS 8 marzo 1948: "... no (se) desconoce ni niega la capacidad y conocimientos tècnicos del actor (sino que se) declara que, al servicio de la empresa demandada, y con notable - quebranto de los intereses de èsta...ha procedido con notoria, perenne y comprobada inhabilidad en la labor específica cuya pràctica estipulò..."(cit. por VIDA SORIA. Dieciseis Lecciones...ob.cit.pàg. 117). Si se reconoce que el trabajador era apto, y luego resultò "inepto", sin que no obstante conste una falta o disminuciòn de la aptitud o capacidad, tal "ineptitud" no puede venir sino entendida como una falta de diligencia, pues no puede ser inepto un trabajador que a la vez sea apto, con lo que si efectivamente lo fuè, no queda otro camino que declarar aquella consecuencia de su comportamiento - descuidado o negligente.

Mayor claridad ofrecen los supuestos contemplados por las sentencias que a continuaciòn se indican, por lo que no necesitan explicaciòn adicional."... el trabajador no regaba convenientemente ni a las horas oportunas omitiendo en la pràctica de otras labores la diligencia y perfecciòn que debieran - observarse por un obrero horticultor regularmente experto..." (STS 7 julio 1945.v.asimismo la STS 30 junio 1952). Como supuesto claro de falta de diligencia "in vigilando" o "in custodiando", califica da no obstante como ineptitud, el recogido en la STCT 7 junio 1973: "teniendo el actor como ùnica - misiòn la vigilancia nocturna del local, es evidente su falta de diligencia, al no haber advertido el inicio del incendio...(y) haberse producido explosiones en el interior de la nave ocasionàndose graves daños..."

"Incorre en el ap.d) del art.77 de la LCT, quien con desprecio de las màs elementales medidas que la diligencia en el trabajo impone, deja el te--lar en condiciones que puedan provocar acciden--tes graves a los operarios de la empresa, y es--tando la reparaciòn a su cargo, la circunstancia de ser ayudado por otro contraamaestre, no le exculpa cuando a èl correspondìa, por el encargo - recibido, la responsabilidad de la reparaciòn y puesta en marcha de la citada maquinaria..."(STCT 4 julio 1973).

"...de la relevancia fàctica...se llega a la conclusiòn de que solamente por una acciòn culposa - del autor (que llevaba ya varios años trabajando de tractorista) y totalmente contraria a las condiciones en que habrìa de conducir el mismo pudo llegar a producirse el accidente del tractor..."; concluye la sentencia que al existir negligencia inexcusable en la conducciòn del vehìculo hay una ineptitud, que es causa de despido. (STCT 11 julio 1973. v.asimismo la STCT 9 octubre del mismo año).

La STCT 17 enero 1976, declara la ineptitud del - trabajador, que "durante cuatro horas siguiò tra--bajando con la màquina de la que estaba encargado no obstante estar desgastadas las zapatas de goma, lo que facilmente se advierte, al caer virutas pro--ducièndose (daños de consideraciòn)..., lo que su--pone una falta de diligencia inexcusable... (una) falta de atenciòn notoria, continuada y demostra--da del actor, (por lo que) la ineptitud aparece..."

- (2) Se habla de ineptitud a pesar de los tèrminos en - que el supuesto viene valorado"...los trabajos fue--ron siempre los mismos, se aceptaron (por el traba--jador) sin reparo alguno y los vino realizando nor--malmente y sin deficiencia o falta... (por lo que la conducta de la trabajadora)...supone al menos - una grave falta de diligencia o cuidado, y el olvi--do de sus obligaciones con omisiòn de la diligencia prècisa... (negàndose la trabajadora) a colaborar con la empresa para esclarecer el motivo (de su -- falta)... lo que supone tambièn una falta de la di-

ligencia a que viene obligada la trabajadora por el art.60 LCT como obligación primordial de su contrato... (siendo) tal conducta encuadrable en el apartado d) del art.77 de la LCT... (STCT 25 - septiembre 1976).

La STCT 25 noviembre 1976, declara procedente la ineptitud del trabajador, aceptando los hechos de que el trabajador "...ha abandonado el trabajo ausentándose (algunos días) sin volver a reanudar la jornada... (y)... es notoria su disminución voluntaria en el rendimiento de trabajo que, dado su puesto en la empresa, repercute en el rendimiento del resto del personal".

- (3) "...habiéndose sentado repetidamente por la jurisprudencia, que la ineptitud e incluso los daños -- producidos por la misma deben provenir de la actividad simple y directa del trabajador, girando el hecho objetivo de la ineptitud en el rendimiento, una vez que se acepte que no se trata de dolosa -- voluntad de disminuir el mismo..." (STCT 11 julio 1973).
- (4) Así, la STS 14 febrero 1961 "...siendo probado el hecho de la ineptitud del productor, resulta inoperante discurrir, sobre si el productor ejecutaba mal sus trabajos voluntariamente o no; es decir si podía considerársele incurso en el 77 f)... " "...estimada la ineptitud es innecesario examinar si además concurrió la del ap-f) del mismo precepto (art.77), porque basta la concurrencia de una -- causa del art.77 con entidad suficiente para el -- despido..." (STCT 4 julio 1973).

El comportamiento del trabajador "...cuando menos, ha de ser calificado como constitutivo de la ineptitud laboral definida en el ap.d) del...art.77 - (LCT)...sin necesidad de entrar a estudiar el resto del motivo, en cuanto que es suficiente la concurrencia de una causa de las prevenidas en dicho precepto para que el despido sea procedente" (STCT 25 noviembre 1976).

Hay supuestos en los que utilizándose fórmulas am biguas, y, a pesar de su llamada a la ineptitud, se hace difícil concebir la misma, ni como originaria ni como sobrevenida; así, "...es acertada la aplicación de los incisos b) o d) del art. 77 LCT, ya que la falta de diligencia y cuidado... (en la actuación del trabajador)... o ha de ser considerada como una desobediencia a las órdenes de tratar el material con el debido cuidado y diligencia a que el productor venía obligado por el art. 60 LCT o ha de ser en caso contrario considerado como una ineptitud para el mismo..." (STCT 7 junio 1973. en sentido semejante v. la STCT 7 junio - - 1975).

B. Su verdadero carácter de negligencia "inexcusable"

La ineptitud sobrevenida que ahora se examina, se diferencia por consiguiente de la anterior expuesta, en que no se está realmente ante una imposibilidad sobrevenida del trabajador (1), puesto que en principio este no ha dejado de poseer su aptitud o capacidad, ni tampoco se está, cuando menos de manera absolutamente clara, ante una disminución dolosa del rendimiento (2). La causa u origen de esta ineptitud reside por contra en una verdadera falta de rendimiento o productividad "negligente" que por lo mismo debe reputarse como "ficticia" o "impropia".

Se está por consiguiente ante una "tercera vía" - determinante de la falta de rendimiento, que se sustancia y materializa, no en una causa cuya naturaleza sea propiamente constitutiva de ineptitud, sino en una pura inobservancia de la diligencia de

bida del trabajador, o, empleando los propios --
tèrminos en que, y como se viò, en ocasiones sue
le expresarse la jurisprudencia, en una "falta -
de diligencia" o negligencia de caràcter "inexcu
sable", que si bien se reconduce de ordinario --
por conveniencia (3) o parquedad del sistema ju
rídico (4), a la esfera global o general de la -
ineptitud, no es una tal definitiva, porque el -
trabajador que es apto y capaz, se comporta sin
embargo como si no lo fuera a causa de su impru
dencia, falta de celo o descuido (5). Posee así
el trabajador (6), el presupuesto indispensable
para la observancia de la diligencia a èl exigible:
la aptitud y capacidad precisas, resultando
no obstante "irreal o ficticiamente inepto" por -
haberse conducido -màs concretamente habría de -
decirse por haber empleado su aptitud y capacidad-
negligentemente.

-
- (1) Con independencia de que esta pueda resultar a su vez negligente en los tèrminos vistos.
- (2) Si bien en la pràctica como se viò, disminuciòn -
dolosa y disminuciòn negligente del rendimiento,
sobre todo si para esta ùltima prospera el califi
cativo de "grave", no presentan líneas claras de
distinciòn, lo que no essino reflejo de lo que --
asimismo ocurre en el àmbito de la teorìa general
del derecho en donde, "no pueden deslindarse geo
mètricamente las fronteras entre la culpa y el do
lo". (CASTAN. Derecho Civil...tom.III 10 edic. ob.

-318-

cit.pàg.168). Esta semiequiparaciòn o àcercamiento entre la disminuciòn "voluntaria" y la disminuciòn "negligente" del rendimiento, a la que impropriamente se viene calificando de ineptitud, constituye una buena prueba no sòlo de su difìcil distinción pràctica, sino tambièn de que estamos ante supuestos cuando menos mäs pròximos a su caracterizaciòn como falta de diligencia que como ineptitud; porque de lo contrario no tendrìa racionalmente sentido jurìdico impartir equitativamente - justicia, manifestando que al existir una ineptitud, se resulta ya "irrelevante", pasar a examinar si ha habido una disminuciòn "voluntaria" (por tanto "dolosa", "maliciosa" o "intencional" segùn la interpretaciòn mäs frecuente) del rendimiento; y de otra parte, intentar una diferenciaciòn entre la ùltima y la mera falta de aptitud o capacidad del trabajador por ser la distinción entre ambas - nociones -por su propia naturaleza jurìdica- de todo punto evidente. Por eso, en este segundo caso, no prospera ni puede tampoco prosperar por muchos esfuerzos que hagamos el hablar de similitud. Difìcilmente se deja argumentar decir algo así como que, segùn los hechos del caso ha tenido lugar -- una ineptitud o una disminuciòn voluntaria del -- rendimiento , pero que dada la primera sea ya inoperante o irrelevante pasar al exàmen de la segunda porque de todas maneras ocurrirà el despido -- del trabajador.

- (3) Porque sin duda es mäs fàcil y viable declarar la ineptitud del trabajador por el hecho de una disminuciòn objetiva del rendimiento, que por contrastar de demostrar la "intencionalidad" o "voluntariedad", o incluso sòlo la "negligencia", con -- que la falta de diligencia ha configurado su comportamiento, aunque el resultado objetivo haya sido el mismo. Esto, que no es sino reflejo de la difìcultad de distinción pràctica de la que se hablò, es lo que probablemente haya llevado a la jurisprudencia frecuentemente a manifestar que operando -- el apartado d) del art.77 LCT, no se pase a examinar si se produce o no la vulneraciòn del apartado f) del mismo precepto, ni tampoco se proceda a investigar si ha habido una negligencia grave aunque

no dolosa, que justificaria asimismo el despido, bien que la misma no se halle recogida de manera expresa en las causas de despido del art.77 LCT. Tàcitamente ha sido mantenido así la idea de que las causas de despido en nuestro ordenamiento no son meramente ejemplificativas sino - que por contra son taxativas, idea que no compartimos.

- (4) A pesar de su importante contenido y a pesar de - la rotunda afirmaciòn que de la diligencia se hace como "deber primordial" en el art.60 LCT, no - ha encontrado esta sin embargo un reflejo claro y concreto en el art.77 LCT. La propia "falta de diligencia" no figura expresamente en las causas de despido del art.77 LCT, por lo que se reconduce - (independientemente de los casos de desobediencia o deslealtad) a la de la ineptitud, cuando refleja, bien una disminuciòn negligente del rendimiento, aunque no "voluntaria", bien una "voluntaria" disminuciòn aunque no "repetida". Con claridad -- se expresa B.CREMADES a este respecto: "Piènsese por ejemplo, en el caso de que un empresario deseara despedir a un trabajador por su actuaciòn negligente en el cumplimiento de su funciòn en la empresa. Al no figurar la negligencia entre las - tipificadas por el art.77 como legitimadoras del despido, sòlo podria ser considerada como causa - justa aquella negligencia, que implicara algunas de las faltas previstas por el art.77...y ello, no obstante la tajante afirmaciòn contenida en - el art.60 de la ley española de Contrato de Trabajo". (El despido en España. Publicaciòn de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra el 25.4.72 pàg. 11).
- (5) Y este es el verdadero origen de esta "ineptitud", que al igual que en toda otra debe ser indagado, como pone de relieve la doctrina (v.VIDA SORIA. - Dieciseis Lecciones...ob.cit.pàg.110).

- (6) O cuando menos presumirse que posee, lo que parece evidente de los supuestos jurisprudencia--les expuestos.

III. Diligencia e ineptitud en el período de prueba.

1. Carácter especial de la diligencia.

Como se ha indicado ya con anterioridad, que constituyendo el período de prueba un verdadero contrato de trabajo -si bien afectado de particularidades en cuanto a su estabilidad temporal- proyecta sobre empresario y trabajador los mismos derechos y obligaciones que en una relación de trabajo normal, por tanto y también el de la diligencia debida del trabajador del art.60 LCT (1).

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas, es no obstante de tener en cuenta, que el período de prueba posee un cierto carácter especial, materializado en una diversidad de peculiaridades, una de las cuales, objeto primordial de - - nuestro interés, la constituye aquella concerniente a como deba ser interpretada durante su desarrollo, la diligencia debida del trabajador.

Por otra parte esta especial situación en que se encuentra la diligencia en el período de prueba debe traerse en conexión por su gran influencia, con la debatida polémica de si el desistimiento del empresario durante el mismo, puede venir sin

màs fundamentado en su mera voluntad de resolver o por el contrario deba aquel estar motivado en base a una justa causa.

Sin entrar en la exposiciòn de tal diferencia--ciòn (2), se debe no obstante indicar, que aquello que puede y debe serle exigido al trabajador mediante el empleo de su diligencia debida, afirma la causalidad como fundamento de la resolu--ciòn del contrato del trabajador a prueba, no --obstante conformàndola o configuràndola de tal -manera, que va a tener repercusiòn en aceptar la libertad de desistimiento del empresario, aunque esta no sea reflejo de un despido per arbitrium merum, todo en los tèrminos que ahora van a ser objeto de exposiciòn y exàmen.

La cuestiòn tendente a delimitar què exigencias de conducta se han de colocar en la esfera del -trabajador a fin de que se pueda hablar de desis--timiento o despido por el empresario durante el periòdo de prueba, adopta bajo el prisma de la -diligencia debida dos posiciones fundamentales.

A. Se puede mantener que la relaciòn de trabajo durante el periòdo de prueba pueda ser disuelta màs fàcilmente, por lo que no son de colo-car en esta fuertes exigencias a las causas -motivadoras de despido a como lo serian en una relaciòn de trabajo ordinaria. Asì la apariciòn de determinadas causas o circunstancias, que en un contrato de trabajo normal serian insu-ficientes, podrian sin embargo, justificar el despido en el periòdo de prueba.

B. Contrariamente puede pensarse que durante el -
período de prueba, debe venir justificado un -
despido, bajo causas iguales a las que operan
en una relación normal de trabajo, o incluso -
bajo condiciones y circunstancias de gravedad
especial como en breve se verá.

Las consecuencias que para la diligencia del -
trabajador tienen la dualidad de posiciones --
mencionadas se resultan resumidamente de la si
guiente forma.

Bajo los presupuestos de la primera postura (A)
se originaría para el trabajador una diligen-
cia especial, por cuanto -y precisamente por es
tar "a prueba", ha de mostrar en todo momento
mayor celo y cuidado en el desarrollo y ejecu-
ción de su prestación. Esta fase de formación y
comprobación de la aptitud del trabajador en el
período de prueba, le obligaría a ser "màs dili
gente" que en una relación ordinaria de trabajo.

Con la postura contraria (B), se invierte en --
cierta manera la argumentación: precisamente por
estar el trabajador "a prueba"-lo que debe ser-
vir para darle la oportunidad de mostrar y per-
feccionar su aptitud, así como la familiariza--
ción con el trabajo que le ha sido encomendado--
no debe verse como debida un grado tal de dili-
gencia, que no obstante vendría exigido en una
relación normal de trabajo.

La validez de ambas argumentaciones es de afirmar, pero también de negar dependiendo del ángulo en que se juzguen. Su aplicabilidad va a tener efectivamente lugar - siempre y cuando vengán referidas y conformadas a las distintas esferas, manifestaciones e interpretaciones de la diligencia. No puede sin embargo admitirse sin reparos, que cualquiera de las dos por separado proporcione solución satisfactoria de qué diligencia sea la debida y exigible al trabajador en el período de prueba.- Según se ponga el acento en que la propia naturaleza del período de prueba conlleva a un aumento o disminución de la diligencia del trabajador, se hace ya tránsito al carácter dualista, objetivo y subjetivo en que la diligencia se manifiesta.

Si se afirma en efecto que la peculiaridad de la situación en que se encuentra el trabajador a prueba, es determinante de una diligencia "especial", la referencia es obligada a su naturaleza subjetivo-interna. Si por otra parte se afirma, que la diligencia del trabajador en tal período no es "debida" a como lo es en una relación de trabajo normal, la referencia es ahora obligada a su naturaleza objetivo-externa (3).

(1) En este sentido MARTIN VALVERDE, quien indica además que el trabajador debe cumplir las órdenes generales o particulares de trabajo que se hayan establecido (art.69 LCT) y observar los demás deberes de conducta profesional positivos y negativos (arts. 62-67, y 70-73 LCT) (El Período...ob.cit.pàg.213).

- (2) Sobre estas cuestiones cfr. ALONSO OLEA. El Despido.. ob.cit.pàgs.24 y ss. y Derecho...ob.cit.pàg.100-101; MARTIN VALVERDE ob.cit.pàgs.267 y ss. y 288 y ss.; C. DEL PESO. Diecisiete Lecciones ob.cit.pàgs.228-229. Igual, sobre si el acto de desistimiento del empresario pueda o no ser calificado como "despido", así como el juego de sus requisitos formales, todo lo que aquí debe quedar inconsiderado, para ceñirnos exclusivamente a la causalidad del mismo en relación con la diligencia. (En el derecho alemán v.K.H.SCHMIDT. DB 1968.pàgs.1401 y ss). Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia, es de indicar con palabras de - MARTIN VALVERDE, que los tribunales siguen funcionando con el esquema abstracto del período de prueba como àmbito temporal de despido absolutamente libre. (ob.cit.pàg.222 v.sin embargo la st.26 diciembre 1974 de la Magistratura de Trabajo de Bilbao nùm.1 que recoge el citado autor en pàgs.222-223).

- (3) Y es en este planteamiento donde probablemente pueda encontrarse una solución mixta a la discrepancia de argumentaciones, si se piensa que la postura A -y las consecuencias que de ella y para nuestro interès se resultan-, vienen conexas en primer tèrmino a la diligencia subjetiva interna, y que la argumentación B, así como consecuencias, guardan rela--ción con la diligencia objetiva externa del trabajador. Por lo demás es de indicar, que el exàmen de la diligencia del trabajador a prueba contemplado desde tales perspectivas, no se propone, ni lo desea, una distinción tal de supuestos, que se aparte de la manifestación unitaria con que en la pràctica se presentan. De sobra es conocido que una separación nítida en la pràctica entre los elementos objetivos y subjetivos de la diligencia en un mismo supuesto, es de muy difícil -sino de imposible- realización, por lo que el recurso a una tal distinción debe verse con la finalidad de delimitar en la medida de lo posible, cuando se está ante un supuesto en el que prima la consideración a los elementos, bien objetivos, bien subjetivos, y en què medida unos y otros determinan en mayor o menor grado la diligencia exigible al trabajador a prueba.

325

2. Objetividad. Falta de aptitud.

A. Margen de flexibilidad.

Sin duda debe afirmarse que la diligencia del -- trabajador, dirigida a la consecución de una cierta altura objetiva en la prestación, goza en el -- período de prueba de un margen de flexibilidad mayor y distinto, que en la relación normal de trabajo, que se adecúa precisamente a la finalidad de que el trabajador muestre, acomode y perfeccione sus aptitudes en el trabajo objeto de la prueba.- El trabajador en principio, y en base a este margen de flexibilidad existente, no viene obligado a la ejecución correcta y ordenada de su trabajo en el mismo grado que por contra puede ser exigido a un trabajador no contratado a prueba.

Obra por tanto objetivamente diligente el trabaja-
dor (de aquí la imputación a la esfera del empre-
sario del riesgo derivado de un cumplimiento de--
fectuoso de la prestación) aún cuando no realice
su trabajo con la altura normal exigible, porque
el tráfico jurídico laboral no puede exigir la --
ejecución de la prestación de manera ordenada y
satisfactoria en aquellas relaciones jurídicas -
como la de prueba, que se constituyen precisamen-
te con la finalidad de averiguar o saber, si el -
trabajador es o no capaz de realizar el trabajo-
encomendado, así como para darle oportunidad de -
mejorar (e incluso de adquirir (1) su aptitud, fa
miliarizándose con la ejecución de su tarea (2).

- (1) El exonerar al trabajador del ritmo normal - del trabajo se hace sin duda más patente en aquellos periodos de prueba de finalidad esencialmente formativa (v.MARTIN VALVERDE.ob.cit. pàgs.226 y ss.).
- (2) Así BENHARD W.ob.cit.pàg.46.BOBROSWKI/GAUL. - ob.cita.pàg.80. NIKISCH I.ob.cit.pàg.682 nota/nr.96. En el mismo sentido se ha pronunciado - reiteradamente la jurisprudencia alemana: LAG Frankfurt/M. st.6.4.1949 (DB 1949 pàg.336; LAG Hamburg st..15.2.1957 (en ARst tom.XVIII n.316 -- pàg.106; BAG st.10.5.1971 (DB 1971, pàg.1820); LAG Berlin st.30.4.1953 (AP 54 Nr.79). Si bien es de notar con MARTIN VALVERDE, que en trabajos remunerados a rendimiento es el trabajador quien en parte carga con el riesgo de la ejecución defectuosa de la prestación, "habida cuenta de que la posible mengua de rendimiento queda reflejada automáticamente en la parte variable de la retribución calculada en -- función de la cantidad de trabajo realizado" (ob.cit.pàg.233).

B. Sus límites.

La afirmación de la existencia en el período de prueba de un margen de flexibilidad en la diligencia objetiva del trabajador, no significa sin embargo desposeerla de contenido material reconduciéndose así lo debido de la diligencia únicamente a su propio ámbito subjetivo (1), por cuanto - la flexibilidad existente no tiene carácter ilimitado, sino que por el contrario sufre ciertas correcturas que confirman el hecho real de que también durante el período de prueba, alcanza verdadera relevancia y virtualidad lo "objetivamente - debido" a través de las propias exigencias prácticas

cas que se han ido paulatinamente conformando en el tràfico jurìdico laboral. Con anterioridad se ha señalado la inexigibilidad "en principio" al trabajador de la ordenada y satisfactoria ejecución de su trabajo durante el período de prueba. La exigibilidad puede no obstante tomar ya virtualidad, no sólo el expirar el plazo temporal - por el que se celebrò el período de prueba, sino que también puede tener lugar "durante" su propia celebración.

Sin duda hay que afirmar la no exigencia al trabajador de la ejecución de su trabajo de manera ordenada y satisfactoria cuando menos hasta que no haya transcurrido un cierto tiempo del período - de prueba (2), lo que debe admitirse a fin de dar verdadera relevancia jurìdica al deber del empresario de "realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba" como dispone el art.17 de la LRL (3), y por razonamiento contrario admitido, pensar que una vez transcurrido aquel, puede ser - razonablemente esperado del trabajador, si no probablemente que realice su trabajo ya de manera completamente satisfactoria, si por lo menos que lo ejecute, menos defectuoso, màs ordenado o con mayor efectividad (4).

Por otra parte, si bien el trabajador no debe la prestación con la altura que podría ser exigida - por el tràfico jurìdico en una relación de trabajo ordinaria, si debe una prestación que, incluso atendiendo o considerando las características --

propias del período de prueba y sin que importe - ahora el tiempo que de la misma haya ya transcurrido, aquel considere como "normal". Con esto se quiere indicar que lo que es esperado del trabajador es en efecto una prestación por lo general defectuosa, pero o "tan defectuosa" o "insatisfactoria" que, rebase aquello que, aún considerando las circunstancias especiales en las que se mueve el trabajador, podría ser esperado por el empresario de un trabajador semejante sometido también a prueba en actividad o trabajo de la misma naturaleza (5); todo lo que consecuentemente haría fracasar ya desde ese momento la finalidad y el objetivo del período de prueba (6).

De esta manera debe imputarse a la esfera del trabajador el riesgo de una ineptitud ocasionante de un defectuoso cumplimiento cuando el trabajador resulta de tal manera inepto que ya no tendría -- sentido la continuación del período de prueba (7) o cuando muestra una persistente incorregibilidad que no le permite adaptarse a la empresa (8).

-
- (1) La tensión entre lo objetivo y lo subjetivo de la diligencia, opera, al igual que en toda relación normal de trabajo, también durante - el período de prueba, por lo que el grado de diligencia exigible al trabajador no viene solo determinado en atención a las "facultades y peculiaridades del trabajador" (art.60 LCT), sino también en base a la propia actividad objeto del contrato a prueba que de momento -y

con MARTIN VALVERDE (ob.cit.pàg.227 cita n.25)- no se puede calificar con los tèrminos del art. 60 LCT como "especialidad habitual del trabajo", por cuanto esta se refiere en primer tèrmino a un trabajador cualificado, y no propiamente un trabajador a prueba que debe todavìa demostrar o adquirir su cualificaciòn.

- (2) Asì LAG Berlin st.21.7.1960 (BB 1960 pàg.1167 n.2126).
- (3) En este sentido v.MARTIN VALVERDE ob.cit.pàg.283.
- (4) Que tiempo deba considerarse preciso o necesario a fin de poder apreciar positiva o negativamente los resultados y efectos del periodo de prueba aùn sin haber expirado el --plazo estipulado, no es susceptible de fijaciòn con caràcter general, debiendo estar --siempre a las circunstancias y peculiaridades del supuesto en concreto (v.MARTIN VAL--VERDE ob.cit.pàgs.283-284); en especial tipo de actividad que es objeto de prueba y a su grado intrìnseco de dificultad en relaciòn -al tiempo que de aquella todavìa queda para asimilarla o demostrarla. Asì no vendria el trabajador obligado a observar la totalidad de la duraciòn del periodo de prueba, cuando por ejemplo un ingeniero contratado a prueba por tres meses, se muestra de tal modo inepto en los dos primeros, que razonablemente se puede pensar que el mes restante sea ya -de todo punto insuficiente para que aquel alcance la habilidad tècnica requerida (ejem--plo de BOBROWSKI/GAUL ob.cit.pàg.77 en el mis--mo sentido con ejemplos semejantes G.SCHAUB. ob.cit.pàg.140.
- (5) En el periodo de prueba, "las deficiencias -de la prestaciòn del trabajador se han de medir por el promedio de los compaños de tra

330
bajo de similar categoría y situación, o por los pactos contractuales lícitos sobre el -- particular" (MARTIN VALVERDE ob.cit.pàg.285).

- (6) Se trata en definitiva de que al trabajador le falten aquellos presupuestos elementales debidos incluso por un trabajador a prueba en sus mismas circunstancias. Piènsese en el trabajador a prueba encargado de la correspondencia en anglès, que posee tan sòlo conocimientos rudimentarios de la misma; o el trabajador a prueba como vigilante que se queda con frecuencia dormido a consecuencia de una patològica predisposició; o aquel otro a prueba como cajero que tiende a la cleptomania -- etc.
- (7) En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia alemana (BAG st.10.5.1971; en DB 1971 pàg.1280; LAG Düsseldorf, - en AP 53 Nr.168; LAG Hamburg, st.16.7.1957, en ARst tom.XIX n.69 pàg.23: "...wenn nämlich z. B. der Arbeitnehmer so gründlich versagt, dass die weitere Erprobung sinnlos wäre..."; en -- sentido semejante ArbG. Heidelberg, st.3.1.1958 (en Arst tom.XX n.491 pàg.188: "...wenn der - Arbeitnehmer bei seiner Arbeit so gründlich - versagt, dass die Fortsetzung des vertrages - offenbar sinnlos wäre").
- (8) En este sentido v.LAG Düsseldorf st.20.3.1953 (en AP 1953 Nr.168 con comentario favorable de A.HUECK).

3. Subjetividad. La conducta personal del trabajador.

Si bien, y como se ha visto, proporciona el período de prueba un cierto margen de flexibilidad en

la objetividad de la diligencia, del lado de la subjetividad se opera en cierta manera el fenómeno inverso (1). La razón debe verse en la propia naturaleza del período de prueba. Esta, no va exclusivamente dirigida a comprobar la aptitud y capacidad del trabajador, sino que también -y cuando menos con el mismo rango de primacía- constituye la base de la que va a surgir una especial relación de confianza - (2) que permitiendo con posterioridad el establecimiento de una relación de trabajo definitiva, imprime una fuerte exigencia en la observancia del comportamiento del trabajador conforme a la buena fe, que satisfaga el interés del empresario, y posibilite -- los fundamentos que le permitan confiar en el éxito de la futura relación laboral.

Y es precisamente la fuerte consideración a la buena fe, la que va a reclamar del trabajador un especial cuidado, esmero y escrupulosidad en su conducta, que determinará ya la negligencia en su actuación, no ya por el mero hecho fáctico de haberse producido una ejecución defectuosa de su trabajo, sino más bien en atención a un comportamiento que precisamente por tener lugar en una relación de confianza tan especial como la del período de prueba debe reputarse negligente -aún cuando este juicio de valoración pudiera ser negado en una relación de trabajo normal- por tener semejante conducta diferente tratamiento.

Las consideraciones hechas encuentran no raramente -reflejo práctico. Así determinadas infracciones, torpezas o descuidos del trabajador a prueba pueden ser constitutivas de despido cuando las mismas traigan su

causa directa e inmediata no en la falta de aptitud o habilidad técnica, sino en el propio comportamiento observado por el trabajador, en su falta de interés, predisposición, y voluntad en hacer las cosas bien (3), o incluso una falta no grave en una relación normal de trabajo, acaecida sin embargo con anterioridad en el cometido de actividades en otras - empresas (4), o cuando el trabajador a prueba no respeta ni toma en consideración las instrucciones del empresario, por cuanto quedaría lesionada la confianza del mismo sobre la futura predisposición de aquel en cumplir con sus deberes y obligaciones que se originarían de la relación de trabajo (5). Sin duda la diligencia del trabajador debe verse proyectada con mayor fuerza de lo normal sobre su deber de obediencia a las órdenes e instrucciones del empresario en lo referente al modo y manera de ejecutar la prestación (6).

En tales supuestos no viene facultado el empresario a desistir de la prueba en base a una ineptitud propiamente dicha del trabajador, sino a causa del comportamiento negligente del mismo, que dado el carácter especial de confianza que informa el período de prueba, debe ser en este reputado como grave por lo que puede proceder el empresario al despido aún cuando probablemente las mismas faltas no hubiesen podido fundamentarlo en una relación ordinaria de trabajo.

(1) Señala MARTIN VALVERDE, que parece corresponder a la situación del período de prueba "un espe-

cial celo o tensión de la voluntad en cubrir rápidamente la etapa formativa, que luego podrá -relajarse hasta el standard normal de comportamiento diligente cuando se haya conseguido "dominar" las técnicas de la profesión" (ob.cit.pág. 228.cita. n.6.)

- (2) Lo que no está exento de la polémica en la doctrina. "La finalidad del período de prueba -señala ALONSO OLEA- es dar a las partes la ocasión -de conocerse mutuamente, pero no sólo desde el -punto de vista técnico u objetivo, sino también desde el personal, que se entiende necesario para cimentar la relación, asimismo personal, derivada del contrato de trabajo" (Derecho...ob.cit. pág.100. v.asimismo El Despido. ob.cit.págs.24-25 v.también G. SCHAUB ob.cit.pág.140 y jurisprudencia allí citada; cfr.MARTIN VALVERDE.114-124; págs 278 y ss.).

- (3) Expresiva a este respecto es la sentencia de 28. 10.1953 del LAG Mannheim (BB 1954 pág.162 y ss), quién declaró procedente el despido del trabajador contratado a prueba como viajante, porque --utilizó para sus viajes excesiva gasolina, presentó un recorrido kilométrico incorrecto, así --como justificantes inadecuados de haber pernoctado en hoteles durante los viajes y otras irregularidades, aún cuando las mismas faltas no hubiesen fundamentado éste (dudoso sin embargo en nuestro derecho) en una relación normal de trabajo: "... Pflichtverletzungen des zu erprobenden Arbeitnehmers, Nachlässigkeiten oder eine sich zeigende Unverlässigkeit schon dann eine fristlose Kündigung des Arbeitnehmers rechtfertigen können, wenn dies bei einem normalen Arbeitsverhältnis noch nicht der Fall wäre (en este sentido semejante, -ArbG Bayreuth st.19.11.57 en ARstW vol.XIX n.387, pág.150; ArbG Emden st.11.10.55 en ARstW vol.XV, pág.187 n.564. v.también BERNHARD W.ob.cit.págs. 46-47.

La causa que fundamenta el despido en tales supuestos no reside por tanto en una violación de

354

la diligencia objetiva pues iría contra el propio carácter de la prueba, sino que reside en la propia negligencia individual del trabajador. No se hace referencia a una propia ineptitud: si el viajante vendió poca o mucha mercancía, o si la vendió mal o bien, sino a la propia esfera de su conducta personal-subjetiva, porque a pesar de su falta de experiencia (por estar a prueba), -- pero precisamente por esto, debía observar un -- cuidado especial en el gasto de la gasolina, -- apuntar escrupulosamente los kilómetros recorridos, y ser cuidadoso y ordenado con los justificantes de pernocta de los hoteles; todo lo que constituye motivo suficiente para lesionar la confianza que el empresario había depositado en orden al establecimiento futuro de una sólida relación laboral; razonamiento este último que recogen tanto la jurisprudencia alemana como la doctrina -- aquí mencionada.

- (4) Ilustrativo en este sentido el supuesto que sancionado con despido, recoge la st.25.3.1969.LAG Baden-Württemberg (DB 1969 págs.1067-1068). La trabajadora a prueba había trabajado satisfactoriamente durante los cuatro primeros días, habiéndose presentado sin embargo al quinto día de trabajo con un fuerte olor a alcohol que le impidió el poder desarrollar su tarea convenientemente. Si bien tal falta ocurría por primera vez en el período de prueba, se comprobó que los mismos descuidos se habían presentado ya en sus anteriores trabajos en otras empresas. Tal conducta impide la formación de una relación de confianza mutua entre trabajador y empresario necesaria para la futura relación de trabajo sin que se pueda -- apelar a faltas características y dificultades típicas que el comienzo de un trabajo suele conllevar en el período de prueba: Aus den Gründen: Es entspricht dem Wesen der Probezeit, dass mit Fehlleistungen gerechnet wird. Unberfridigende Arbeitsergebnisse sind charakteristisch für die Anfangstätigkeit im Probearbeitsverhältnis..." (Sin embargo) "...Das Verhalten der Kläg.am 7.10.1968 ihrem fünften Arbeitstag-war dazu angetan, eine Vertrauensbasis für ein Dauerarbeitsverhältnis gerade nicht entstehen zu lassen. Mit charakteristischen Anfangsschwierigkeiten hat das Verhalten oder der Zustand der Kläg.an diesem Tage nichts zu tun!"

Semejantes consideraciones a las ya expuestas - pueden ser aquí traídas a colación. El reproche a la conducta de la trabajadora, que fundamenta el despido, no va dirigido en primer término al ámbito objetivo de la diligencia (pues la trabajadora había trabajado satisfactoriamente...), sino por contra a su ámbito subjetivo personal. Se lesiona aquí también la confianza depositada por el empresario, pues, no ya en toda relación de trabajo, sino precisa y especialmente en el período de prueba se debe exigir un especial -- cuidado y prudencia en la conducta de la trabajadora, que le impida llegar a un estado tal de embriaguez que le imposibilite con posterioridad el satisfactorio desarrollo de su trabajo.

- (5) En este sentido v. la st.28.6.56. ArbG Rosenheim (ArST nr.448 pág.149).
- (6) En este sentido v.MARTIN VALVERDE.ob.cit.pág.228 cita nr.25.

4. Juicio crítico.

Del período de prueba se resulta portanto un cierto margen de flexibilidad en lo objetivamente exigible, y, al mismo tiempo un reforzamiento de lo - subjetivamente exigible, en base a la especial relación de confianza que la propia naturaleza del - período de prueba conlleva, por lo que el trabajador debe observar una diligencia personal de tal - naturaleza, que sea reflejo de un especial esfuerzo, cuidado, esmero y escrupulosidad en su conducta (1). Es así como el exámen de la diligencia del

trabajador, bajo las consideraciones expuestas, puede constituirse en punto de partida y reflexión para procurar un criterio intermedio y conciliador - entre la afirmación radical de la necesidad de la causalidad en el despido del trabajador a prueba, y aquella otra contraria que propone el que el mismo pueda producirse con entera libertad. Las dos deben ser afirmadas, pero en su justo término.

Por consiguiente, al lado de la posibilidad de fundamentar el despido del trabajador a prueba en faltas estrictamente "técnicas o profesionales" en -- los términos vistos (2), se coloca aquella otra -- por "faltas de conducta", cuyo nexos causal no viene relacionado de modo directo y automático con el objeto mismo de la prestación, sino más bien con el propio comportamiento observado por el trabajador; y es claro que si este comportamiento es una tal -- que lesiona la confianza del empresario en la buena marcha y buen fin de la futura relación de trabajo, pueda este venir facultado a desistir del período de prueba por aquella actuación del trabajador, aún cuando la misma no le hubiese proporcionado aquella facultad, caso de producirse en una relación normal de trabajo.

Sin embargo, -y aquí debe verse el criterio conciliador en base al enjuiciamiento de la conducta del trabajador-, no puede ser admitido el que el empresario estime o valore por si solo el hecho de que el comportamiento del trabajador no haya generado -

la confianza necesaria y precisa para la continui
dad de la relación jurídica entre él y su trabajado
do (3). Una decisión de tamaña trascendencia por
sus implicaciones y repercusiones prácticas debe
quedar en manos de los tribunales. Son estos los
que en base a la equidad y conforme a las circunstan
cias del caso concreto, deben estimar la procede
ncia o no de una tal decisión del empresario, -
actuando como mecanismo de control de la misma, en
orden a evitar tanto situaciones injustas para el
empresario, como para el trabajador, por ser consti
tutivas de abuso de derecho (4), procurando estima
ra si de lo acaecido en el supuesto en concreto,
pueda razonablemente derivarse la posibilidad de
que en el futuro vaya a surgir un clima laboral alta
mente enrarecido de consecuencias perjudiciales
y molestas tanto para el empresario como para el
trabajador (5).

No se trata por consiguiente de aceptar sin reservas
el despido causal del trabajador, así como tampoco
de atacar sin limitación la libertad o discreci
onalidad del empresario en este sentido. Todo esto
debe ser pasado por el tamiz del control judici
al. El empresario puede poner fin a la relación
de trabajo a prueba cuando en base al comportamiento
observado por el trabajador, lo considere no --
idóneo, o no de su confianza para el establecimiento
futuro de una relación definitiva de trabajo.-
Tal potestad del empresario, que no puede ser arbitri
aria, por lo que debe intervenir el control judici

cial que de esta manera juzga de la actuación del trabajador si es lo suficientemente discrecional para permitirle resolver el contrato de trabajo a prueba, aún cuando aquella conducta del trabajador en sí misma considerada no hubiese sido ni suficiente ni decisoria para resolver un contrato de trabajo definitivo. Consiguientemente el despido del trabajador por desistimiento del empresario en la continuación del período de prueba no puede ser entendido forzosamente como "causal" y "grave" si tales términos son aplicados en su significado clásico y estricto, sino que simplemente debe bastar la consideración de "suficiente". O dicho de otra manera: será "causal y grave", cuando tales términos se desligan de su significado normal en una relación ordinaria de trabajo y se relacionan exclusivamente con las peculiaridades específicas del comportamiento debido por el trabajador en el período de prueba. Lo que de todas maneras debe quedar claro es que ni la causalidad ni la gravedad de la -- conducta del trabajador viene determinada o valorada con los mismos parámetros en una relación de -- trabajo definitivo que en aquella otra de trabajo a prueba (6).

Una última cuestión a la que se ha de hacer referencia es aquella sobre la incidencia de la aptitud demostrada en el período de prueba en la relación definitiva de trabajo ante todo si se tiene en cuenta el hecho de que aún superado con éxito aquella, no es obstáculo para que el trabajador pueda ser declarado inepto (7). Raramente ocurre en la -

práctica la existencia de una ineptitud originaria que tanto empresario como trabajador, aún poniendo todos los medios posibles y debidos ni conocieron ni pudieron conocer. De tener presente además es el hecho de que una vez que el empresario ha examinado y conocido la aptitud y capacidad del trabajador mediante el sometimiento a aquel a un período de prueba y ha podido constatar la idoneidad -- del trabajador para la ejecución del trabajo, es -- evidente que una vez que lo acepta en su empresa -- como trabajador, por regla general significa que -- la aptitud y capacidad de este, responden a aquellas otras que el empresario mantiene como típicas del buen trabajador. Si bajo tales supuestos y una vez celebrado el período de prueba, admite el empresario a su trabajador debe aceptar y contentarse -- en principio (8) solamente con aquel grado de idoneidad profesional que el trabajador ha mostrado -- durante aquel (9).

-
- (1) "Denn gerade w"ahrend der Probezeit muss von dem - Arbeitnehmer erwartet werden, dass er sich besondere M"u"he gibt". BERNHARD W. ob.cit.pág.47).
 - (2) Una delimitación de cuando las mismas pueden ser o no constitutivas de despido, puede verse en la st. 10.5.1971 del BAG (DB 1971 pág.1280).
 - (3) Porque de lo contrario se le estaría dando a la relación de trabajo el casi exclusivo carácter de "relación de confianza", lo que no correspondiéndose -- en gran medida con la moderna realidad laboral, sobre todo en las grandes empresas, donde el contac-

to entre empresario y trabajador es prácticamente inexistente, iría además contra una razonable interpretación del desarrollo histórico-jurídico con que en nuestro derecho se fué conformando la prestación de servicios, que nunca se caracterizó por ser una "Treuedienstverhältnis" a como lo fué (y en gran medida lo sigue siendo) en el derecho Germánico. -- (v. OTTO VON GIERKE. Festschrift... cit. págs. cit. y H. SINZHEIMER. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. - 1976 I. pág. 402 y ss.

- (4) Cuya existencia o no en relación con el desistimiento, no es pacífica en la doctrina (v. ALONSO OLEA. Derecho... cit. pág. 100; MARTIN VALVERDE ob. cit. págs 222-223 y 279 y ss. Un ejemplo constitutivo de abuso de derecho (v. art. 7 CC) -por extender en demasía la esfera de la confianza depositada por el empresario, así como la fidelidad del trabajador- lo sería la facultad de desistir del período de prueba, por manifestaciones políticas del trabajador - que no fueron del agrado del empresario. Un supuesto tal, no fué sin embargo visto de esta manera por la st. 18.7.55. ArbG Bremen, donde se declara lesionada la confianza del empresario, dando lugar al -despido del trabajador a prueba, por conversaciones políticas en favor de la DDR. (en ARstW XV n. 438 - pág. 146).
- (5) Por lo que la discrecionalidad del empresario en desistir del período de prueba en los términos que ahora se examinan, es, o puede ser cuando menos a largo plazo, "favorable" para el trabajador. Si se niega aquella, puede perfectamente ocurrir que se llegue a una relación definitiva de trabajo viciada en su armonía, que, se diga lo que se quiera, es siempre de deseable existencia, produciéndose con posterioridad situaciones tales de tensión entre - empresario y trabajador, que lleven a la triste -- realidad de que el trabajador "no se encuentre a gusto en su trabajo", o que el empresario "vaya a la caza" del trabajador, o que en definitiva uno y otro "se hagan la vida imposible", lo que pudiendo derivar, bien en despido, bien en renuncia unilateral o abandono del trabajador de su trabajo, debi-

lite o perjudique en definitiva la protección al puesto de trabajo y la garantía en la estabilidad o conservación del empleo que en un principio se pretendía conseguir. El período de prueba no debe servir solamente para buscar la "armonía laboral estrictamente productiva", sino también la "armonía convivencial". Si esta última se ve ya frecuentemente deteriorada en una relación normal de trabajo, no debe servir el período de prueba para potenciarla o acrecentarla.

- (6) Así por ejemplo, la injustificación o la repetibilidad de las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo, la frecuencia e injustificación de riñas y pendencias con los compañeros de trabajo, la habitualidad de la embriaguez, la desobediencia e indisciplina etc, no deben ser entendidas en términos tan tajantes o estrictos a como lo son habitualmente. La "gravedad" de la falta en el período de prueba, adquiere o puede adquirir, ya tal carácter o naturaleza, aún sin serlo fuera de este. En esta misma línea puede producirse el despido -- del trabajador a prueba en virtud de una causa genérica que "globalize" una cierta diversidad de -- faltas de conducta o actitudes dispares, y aunque todas ellas en su conjunto la tenga asimismo en -- una relación de trabajo definitiva.
- (7) En este sentido entre otras v.las STS 4 diciembre 1944; 17 marzo 1968; STCT 27 noviembre 1954.
- (8) Salvo probablemente aquellos supuestos que BAYON - CHACON/PEREZ BOTIJA, califican de "impericia oculta". Piénsese por ejemplo en las secuelas de una enfermedad ya curada y vencida al tiempo de la contratación a prueba, no detectada durante su transcurso, que sin embargo se manifiestan con posterioridad una vez surgida la relación definitiva de -- trabajo.
- (9) En este sentido BARASSI. La Teoría...cit.vol.III pág. 19(cfr.ALONSO OLEA.Apéndice(Reimpresión) cit.pág.21)

3. DILIGENCIA DEBIDA. SU RELACION CON EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA REMUNERACION.

I. El ámbito temporal de la diligencia.

1. La relación de trabajo como relación de tracto sucesivo.

A. Consideraciones generales.

La relación obligatoria de tracto sucesivo -que confiere al contenido de la deuda características propias diferenciales de aquella otra de carácter transitorio o fijo- (1) se caracteriza porque su objeto o contenido no está concentrado en un momento concreto, sino que por el contrario se extiende a un período de tiempo en el que manteniéndose de manera constante y efectiva su fuerza ejecutiva, debe cumplir - el deudor por la duración completa de su existencia (2). Lo determinante en relaciones de tal naturaleza, es el hecho de que la extensión de la totalidad de la prestación depende de su duración temporal, durante la que debe aquella ser continuada en su ejercicio (3) - constituyendo en principio la duración del contrato - la medida determinante de la cuantía de la prestación que el deudor debe realizar (4).

Viniendo asimismo la relación de trabajo ligada al tiempo, se dimensiona o mide consecuentemente la prestación de servicios atendiendo a su propia duración temporal (5), materializándose en una serie o combinación de prestaciones repetidas, periódicas y continuadas (6), por lo que sin duda se puede afirmar el carácter duradero de la relación de trabajo como constituyente de una relación sucesivo (7), que si bien - y en lo esencial refleja las características inmanen-

tes a las relaciones de tal naturaleza en el ámbito civil posee no obstante algunas características especiales que la van a diferenciar de aquellas.

- (1) v.OTTO VON GIERKE (Jher Jhrb.64 págs.355 y ss.)
- (2) OTTO VON GIERKE ob.cit.págs.357 y ss.
- (3) Así, LARENZ, para quién "el desarrollo de las obligaciones de tracto sucesivo no se agota en la prestación realizada de una sola vez, sino que se realiza en un mayor o menor período de tiempo, por cuanto tales obligaciones, tienen como contenido, bien un comportamiento duradero, bien una prestación periódicamente repetida" (Lehrbuch...I.cit.pág.25).
- (4) En sentido semejante WOLF E. (AcP 153, 1953, pág.97). Bien que tales afirmaciones deben ser interpretadas en términos relativos y no absolutos como en breve - se verá.
- (5) v.HUECK/NIPPERDEY (ob.I.cit.pág.134 y en general capítulo 22 V). Lo que bajo el prisma contractual significa afirmar que la duración del contrato de trabajo se constituye asimismo en criterio delimitador de la extensión cuantitativa de la prestación a la que se ha obligado el trabajador. La propia naturaleza - del contrato de trabajo encierra una obligación de - hacer de carácter continuado independientemente de - que se establezca por tiempo cierto o indeterminado. El hecho de que la extensión de la prestación de trabajo venga en primer término configurada por su duración, ha llevado a la doctrina alemana a afirmar que el trabajador realiza su trabajo en sucesivas prestaciones parciales (Teilleistungen), que deben ser ejecutadas en períodos de tiempo individuales y determinados, por lo que se debe considerar la prestación -

del trabajador como constitutiva de una deuda fija (Fixschuld), sin que consecuentemente pueda ser reconocido un deber jurídico absoluto de carácter general (si bien desde una perspectiva teórica y para supuestos concretos podría ser admitida la recuperación posterior del trabajo omitido. En este sentido v. FABRICIUS ob.cit. pág.98; V. BEUTHIEN/HAEUSER JUS 1971 pág.479) que obligue al trabajador a la recuperación del trabajo que con anterioridad no ha prestado (En este sentido HANAU/ADOMEIT ob.cit.pág.152. BEUTHIEN RdA cit.pág.20, GRUNSKY JUS 1967 pág.61, FABRICIUS ob.cit.pág.98. OERTMANN P. ob.cit.pág.129; SOELLNER AcP 167 (1967) pág.139. Partidarios de la recuperación posterior por el trabajador del trabajo no prestado u omitido: R. KLEIN Schadenhaftung... ob.cit.pág.106; FAUTH. Arbeitszeit.1963.pág.42; GUMPERT J. BB 1961 pág.490).

- (6) Así NIKISCH quien indica además que: "Aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses ergibt sich, dass die Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers in ständiger Wiederkehr zu erbringen sind" (ob.cit.I.pág.287 v.también HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.121 nota nr.31).

- (7) Sobre esto ver RODRIGUEZ PIÑERO. RPS n.50 1961 págs. 27 y ss.

B. Su relevancia para el tratamiento de la diligencia debida.

El elemento temporal que hace siempre acto de aparición en mayor o menor grado en el momento en que se contempla el ámbito de los deberes prestacionales del trabajador, tiene mayor relevancia en la relación de trabajo que en las restantes relaciones obligatorias no sólo por el hecho de que los ordenamientos civiles han prestado por lo general poca importancia al elemento temporal para su configuración (1), sino también

345

por las diferencias fácticas existentes incluso en obligaciones de la misma naturaleza en una y otra rama del derecho (2). El carácter continuado de la relación de trabajo provoca el hecho de que la prestación de servicios se vea envuelta en una serie de vicisitudes de diverso tipo en el transcurso de su desarrollo, que, y ya en el marco de nuestro interés, afectan también a la diligencia debida del trabajador en sus diversas manifestaciones. El elemento temporal, factor determinante de una cierta mutación de la prestación en muchas de sus esferas, determina --asimismo que el "comportamiento duradero" del que se hablaba venga afectado o caracterizado por la existencia de una variabilidad, produciendo una "mutación de la diligencia" que se va a hacer patente en muchas de sus manifestaciones prácticas como se verá.

- (1) Por cuanto sus reglas generales caracterizadoras se han originado mayormente a la figura de la compraventa, es decir, al puro intercambio entre mercancía y dinero, quedando en consecuencia el factor tiempo, sin una consideración especial (así SOELLNER.AuR 1967 pág. 537).
- (2) La relación de trabajo difiere incluso de aquellas otras relaciones jurídicas de carácter temporal (piénsese --por ejemplo en el arrendamiento) puesto que en aquella se entremezclan tiempo de trabajo con aquel otro --de inactividad, concurriendo en estos a su vez una serie de figuras temporales intermedias, tales como pausas, descansos, interrupciones de la actividad, tiempos de espera, puesta a disposición del trabajador etc.

340
Por el contrario en las relaciones civiles obligatorias de carácter temporal -y continuando con el ejemplo del arrendamiento por ser el supuesto más expresivo- la obligación del arrendatario de usar y a la vez cuidar el objeto arrendado, no se ve como la de trabajo interrumpida, sino que es temporalmente constante.

2. Tiempo de trabajo y diligencia.

A. Consideraciones generales.

Viniendo conformada la prestación del trabajador - en un principio por la observancia de un determinado tiempo de trabajo (1) constituye este en primer término -y de ahí la exigencia y el interés de su examen- el punto de apoyo originario para la determinación de la diligencia ya dentro de la propia - dinámica de la relación de trabajo, en el sentido de indagar que relaciones o repercusiones pueda tener el factor "tiempo de trabajo" entendido ahora solamente como simple marco temporal (2) donde se va a proyectar la diligencia que deba observar el trabajador durante su transcurso (3).

El carácter dinámico y no estático de la relación de trabajo, que origina el que la duración temporal se constituya como uno de sus elementos característicos (4) conlleva al hecho de que el tiempo de trabajo está en una estrecha conexión con el deber de prestación del trabajador, por cuanto determina el momento y la duración en los que debe este permanecer activo a fin de cumplir su obligación - de trabajar (5). El efecto inmediato que por de --

pronto se deriva para la diligencia del trabajador en el ámbito de la duración temporal de su prestación, es la puesta a disposición del empresario de su capacidad productiva durante el tiempo fijado - para el desarrollo continuado de aquella (6).

- (1) Por cuanto la duración del tiempo de trabajo -como indica GALPERIN- tiene importancia no sólo como criterio que sirve de base para el cálculo de la adecuada remuneración, sino que marca asimismo el límite de la prestación. (Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst 1960 pág.7).
- (2) El tiempo de trabajo conforma el marco "temporal-espacial", durante el cual, debe ser realizada la prestación influyendo sólo en cierta manera en el "cómo" deba ser ejecutada, en el sentido de que -- parte de este "cómo" lo constituye sin duda el -- "cuando" a que aquel tiempo fundamentalmente se refiere.
- (3) Lo que se deriva asimismo de una interpretación - superficial del art. 38 LCT al señalar que "en la retribución por unidad de tiempo sólo se atenderá a la duración del servicio, independientemente de la cantidad de obra realizada...".
- (4) Así NIKISCH ob.cit.I.pág.287.
- (5) Sin duda el tiempo de trabajo refleja ya en cierta medida el hecho de que el trabajador va a trabajar diligentemente durante el mismo según la actividad asumida, porque se cuenta o se espera que este realizará su trabajo diligentemente a lo largo de aquel.

- (6) Porque si bien puede considerarse como tiempo de trabajo aquel, en el cual el empresario puede hacer uso de la capacidad productiva de su trabajador (así NIKISCH ob.cit.vol.I.pág.289), lo cierto es que debe - quedar sin consideración el hecho de que el trabajador durante ese tiempo, efectivamente trabaje o no - trabaje según que el empresario haga o no uso de su fuerza de trabajo (en este sentido DENECKE/NEUMANN. AZO cit.nr.2-3; FAUTH ob.cit. pág.13.; ROEHSLER ob.cit.pág.29). Tiempo de trabajo es por tanto no sólo aquel durante el cual el trabajador de hecho o realmente trabaja, sino también aquel otro en que el trabajador se mantiene a disposición del empresario, - precisamente con objeto de cumplir su obligación de prestación de servicios.(Sobre la interpretación del calificativo de "efectivas" a las cuarenta y cuatro horas que como duración máxima de la semana común de trabajo establece el art.23.1 LRL, v.VALDES DAL-RE, en Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones - Laborales.cit.págs.267 y ss.).

B. La jornada de trabajo. Su relación e influencia con la productividad.

El tiempo de trabajo suele sustanciarse o concretarse de ordinario en el establecimiento de una jornada de trabajo, entendida aquí, y al objeto exclusivamente de nuestro interés, desde una perspectiva global como tiempo de trabajo debido (1).

La extensión de este tiempo de trabajo, fué sufriendo, desde una cronología histórica relativamente reciente (2), paulatinas limitaciones al irse reduciendo la jornada de trabajo, desterrándose así los trabajos agotadores o extenuantes por la larga duración con que debían ser ejecutados. La reducción de la jornada de trabajo así como su fijación, fué junto a -- otros, uno de los factores más relevantes que contribuyó al inicio de un examen científico profundo sobre

las complejas relaciones entre actividad a realizar, duración diaria de su ejecución, intensidad debida y grado de vigor físico (3) del trabajador (4).

La instauración de la jornada de trabajo (5) de duración legal determinada, persigue el evitar que la prestación excesiva del trabajo sea factor determinante de la minoración de la salud física del trabajador (6), y, correlativamente de la mera de su rendimiento por no utilizarse y emplear de manera razonable y adecuada su potencial productivo (7), lo -- que con otras palabras significa afirmar que la propia duración de la jornada de trabajo --y en primer término bajo el ángulo de su posible reducción o prolongación--, influye en la productividad así como -- en la propia predisposición del trabajador para el -- desarrollo de su prestación en unos extremos, que, -- aunque de manera breve, se hace preciso examinar.

La intensidad empleada por el trabajador en su trabajo, cuestión que se verá con detenimiento con posterioridad, viene fundamentalmente determinada, junto a la propia aptitud y capacidad que de hecho po-see el trabajador, por otro factor, que referido a las características psíquico-anímicas del mismo, se manifiesta de modo práctico en su voluntad o predisposición para el trabajo (Arbeitswillen). Sin la -- concurrencia de estos elementos, la intensidad en el trabajo se ve desposeída de su papel decisorio en el rendimiento o productividad final que toda actividad laboral conlleva.

Entre otras causas (8) que pueden ocasionar una defi

ciente en el desarrollo de la prestación, está, la propia de la duración de la jornada (9). Ordinariamente su sola consideración no es suficiente para determinar la producción cuantitativa empresarial diaria, en el sentido de que se pueda afirmar con valor absoluto, que tanto mayor va a ser el rendimiento del trabajador cuanto más tiempo trabaje, o en el inverso, de que una reducción del mismo vaya a aumentar el rendimiento del trabajador y consecuentemente la productividad de la empresa. Ambos supuestos necesitan de la aptitud y capacidad física así como de la predisposición del trabajador para ver confirmados sus pronósticos, que pueden no aparecer, precisamente a causa de la incidencia perjudicial sobre los mismos de la duración fáctica de la jornada de trabajo (10).

Cuando la consideración a la duración de la jornada pierde efectivamente toda su virtualidad, es precisamente en aquel momento en que la misma ataca directamente a los presupuestos que sirven de base a una verdadera conformación e indagación de la productividad idónea posible del trabajador.

La reducción o el aumento de la jornada laboral produce efectos positivos en el rendimiento del trabajador, cuando su predisposición para el trabajo a esta reducción o aumento, y cuando su aptitud y capacidad no se vea, por los mismos motivos, negativamente -- afectada por ocasionar la merma de la salud física -- con la consiguiente fatiga del trabajador (11). Por otra parte el tener siempre en cuenta la predisposición del trabajador, lleva a aclarar situaciones que

de otra manera no se entenderían del todo a causa de su aparente carácter paradójico. Así, caso de que -- con una reducción de la jornada se produzca un aumento del rendimiento del trabajador, no significa pensar forzosamente, que con anterioridad cuando la jornada era de mayor duración se hubiese comportado el trabajador negligentemente.

Por consiguiente y como síntesis puede señalarse que la duración de la jornada de trabajo -con especial atención a los supuestos de su prolongación o reducción- debe ser de tal manera establecida, al objeto de perseguir el rendimiento idóneo del trabajador, - que aquella no aminore la intensidad o esfuerzo en - el trabajo al dañar a alguno de los componentes humanos que la posibilitan: capacidad y predisposición - del trabajador.

En sentido inverso, es también de considerar el hecho de que cuando con motivo de cambios tecnológicos o - productivos se comience a trabajar con distinta in--tensidad o en condiciones ambientales más duras, graves o penosas, -lo que viene motivado precisamente por aquellos cambios- debe ser siempre examinada y - reconsiderada la idoneidad o no de la permanencia de la anterior duración de la jornada de trabajo, con - las implicaciones que ello suponga (12).

(1) Entendido como "el tiempo que cada día se dedica por el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo;

el tiempo de trabajo diario...(que constituye) una - primera aproximación para la medición de la prestación que el trabajador debe" (ALONSO OLEA. Derecho... ob.cit.pág.124) La jornada, indica VALDES DAL-RE, - "cumple...la función de determinar cuantitativamente las unidades de la prestación del trabajador y de fijar sus límites" (ob.cit.pág.258).

(2) Fué como indican BAYON CHACON/PEREZ BOTIJA, uno de - los grandes problemas que ha contribuido a dar cuerpo al Derecho del Trabajo moderno (ob.cit.II.pág.444)

(3) Expresado negativamente: la aparición de la fatiga - en el trabajador.

(4) Sobre esto cfr.OTTO LIPMANN. Arbeitszeit. Berlin 1926 págs.38; 77 y ss. En nuestra doctrina y recientemente v.VALDES DAL-RE ob.cit.págs.259 y ss.

(5) Esta ha tenido siempre como nota típica -salvo excepciones-, la de ser aplicada a la generalidad de los trabajadores, así como a la diversidad de oficios que estos desempeñan, sin que hasta ahora se haya podido discernir con claridad la razón de este fenómeno. Si se considera la personalidad estricta de cada trabajador así como cada actividad laboral en concreto y por separado, habría quizás que afirmar que como medida de trabajo diario, semanal, o mensual a realizar por un trabajador, resultarían criterios o estimaciones temporales, que ciertamente serían diferentes según la propia individualidad del trabajador así como la clase de trabajo a realizar. Porque en efecto, -- tampoco se puede hablar de un tiempo o jornada de -- trabajo óptima desde el punto de vista económico con validez y aplicación igual para todas las industrias o empresas, o bien para toda clase de trabajos; ni tampoco se puede afirmar sin reservas que la jornada de trabajo de ocho horas, corresponda o devenga en una ideal, por cuanto en las diferentes modalidades de trabajo varían, tanto el grado de actividad física o corporal, como el propio intelectual exigido al trabajador, lo que debe traerse en conexión con la - monotonía, rutina y condiciones materiales y ambien-

tales que en cada uno de ellos se desarrolla. Llegados a este punto habría que preguntarse como ya en su tiempo lo había hecho acertadamente LIPMANN, dónde reside la justificación de una fijación standard de la jornada de trabajo de ocho horas, ¿está justificada esta solamente como medida de carácter cultural, también como sanitaria o incluso como económica? (ob.cit.pág.78).

(6) Así GARCIA NINET ob.cit.pág.130.

(7) Así, y en relación con la jornada continuada, indica GARCIA NINET, que "de lege ferenda, aunque el tema puede ser más propio de la negociación colectiva, sería conveniente arbitrar privilegios en favor o a partir de una determinada edad, o cuando concurrieran especiales factores de orden higiénico o sanitario, pues es evidente que algunos trabajadores que han practicado con normalidad el sistema de turnos - en un momento posterior pueden no encontrarse en óptimas condiciones físicas como para seguir dicho ritmo de trabajo..." (ob.cit.págs.135-136).

(8) Tales como la insatisfacción del propio trabajo, las condiciones en que este se ejecuta, la remuneración del mismo etc. todo lo que será tratado con posterioridad.

(9) Sin duda estas causas pueden venir conexas como frecuentemente se observa en la práctica: en no pocas ocasiones reaccionan los trabajadores conscientemente con la ejecución lenta de su actividad, como represalia a la implantación por la empresa de una reducción del tiempo de trabajo, la que conlleva de ordinario a la correlativa reducción salarial.

(10) En este sentido OTTO LIPMANN, quién acertadamente señala, que sin contar con estos factores, la mera consideración de la jornada de trabajo aún siendo de importancia, no basta para la automática consecución -

de un aumento de productividad. De esta manera una reducción del tiempo de trabajo no conduce necesariamente a un aumento del rendimiento del trabajador. Inversamente no se ve acrecentada sin más la productividad de aquel a través de la mera prolongación de la jornada laboral (ob.cit.pág.25 v.asimismo MAX ERNST. Das Arbeitszeitproblem. Zürich-Montreux. 1929.págs.137 y ss.).

- (11) Indica MAX ERNST que la curva de trabajo y productividad, que proporciona un rendimiento proporcional por cada día o días de trabajo, puede debilitarse - cuando la duración de la jornada se presenta muy - larga. El tiempo de trabajo tiene efectivamente - efectos directos e inmediatos sobre el rendimiento del trabajador. El aumento del mismo, o bien una jornada de duración excesiva produce efectos negativos en la curva del rendimiento del trabajador, sobre - todo en los trabajos puramente corporales o musculares mostrándose aquellos en los momentos finales de la terminación de la jornada laboral. (ob.cit.págs. 29 y ss y 33 y ss.).
- (12) Piénsese en nuevo replanteamiento en el sistema de - pausas, o en una nueva redistribución del horario del trabajo dentro de su propio cómputo global (vuelta a la jornada partida, si esta era continuada o viceversa etc.).

C. Supuestos especiales.

a) Jornada flexible de trabajo.

a-1 Consideraciones generales.

Mención especial que debe traerse a colación para completar la exposición tiempo de trabajo y diligencia, aún cuando su conexión no pueda apreciarse en un sentido estricto, merece el exámen de la influencia de la jornada flexible de trabajo sobre la diligencia - del trabajador por su carácter novedoso y en cierta manera experimental de la última década en el mundo

laboral europeo.

La adopción e introducción del tiempo flexible de - trabajo (1), que va poco a poco extendiendo su campo de acción en las empresas (2), trae consigo no sólo ventajas, sino también inconvenientes, tanto de tipo jurídico como de tipo productivo económico (3).

Conceptualmente se puede definir la jornada flexible de trabajo como una regulación del tiempo de trabajo que permite al trabajador determinar por si mismo y dentro de unos concretos límites, el comienzo y el fin de la duración diaria de su jornada (4).

Con la flexibilidad en la duración de la jornada de trabajo no viene obligado el trabajador a realizar su prestación en un espacio de tiempo fijado rígidamente con anterioridad, sino que por el contrario, y -- dentro de unas limitaciones de carácter global o general, viene aquel personalmente facultado para fijar la duración diaria de su prestación laboral (5) (6).

(1) v.art.24.1.LRL.

(2) "Este sistema -señala GARCIA NINET- que no tiene antecedentes legales en nuestro país, aparece tímidamente en la negociación colectiva fijado a modo de ensayo, y exigiéndose del trabajador, que, cuando opte por -- tal horario, lo mantenga al menos una mensualidad, con objeto de no alterar la marcha normal de la empresa". (ob.cit.pág.s217-218. En esta última pueden verse en su nota 208 algunas de las empresas españolas que han

adoptado este sistema; sobre esto v.también VALDES DAL-RE ob.cit.pág.297 nota n.109. El "gleitende Arbeitszeit" se introdujo por primera vez en Alemania en el año 1967 en una empresa muniquesa, la Bölkow GmbH (Sobre las experiencias de la utilización de tal sistema en esta empresa puede verse A.HILLERT. Personal. Mensch und Arbeit im Betrieb.1968.págs.228 y ss.).

(3)v.R.SCHULTZ.DB 1971.págs.250 y ss.; E.SCHMIDT DB 1971 págs.46 y ss.; S.HACKH, "Gleitende Arbeitszeit".1971. págs.89 y ss. y 112 y ss. La posibilidad práctica de aplicación de tal sistema depende de la estructura y organización empresarial, de los sistemas de producción empleados, e incluso de la directa e inmediata relación que la empresa pueda tener con el público, - lo cual va en relación directa de la necesidad que este tiene del servicio que proporciona la empresa. Todas estas circunstancias pueden determinar el que a los trabajadores les sea impuesto una jornada de trabajo de carácter rígido, o bien la posibilidad de dejar -dentro de un cierto margen- al arbitrio del trabajador cuando y en qué momento debe cumplir con su prestación laboral. Señala D.NEUMANN (RdA 1971 pág.-106) a modo de ejemplo que una flexibilidad tal en la jornada de trabajo no sería posible en correos o en el servicio de transporte por ferrocarril, en trabajos de hospital, hostelería, etc., así como tampoco en empresas donde se emplea la producción en cadena en sus diversas manifestaciones (v.también GARCIA NINET ob.cit.págs.217 y VALDES DAL-RE ob.cit.pág.297). Los defensores del sistema flexible de jornada laboral lo apoyan incluso en los trabajos de producción en cadena, paliando las eventuales perturbaciones en la producción con, entre otras medidas, la implantación de gran número de "springers" (así HACK ob.cit. págs.116 y ss, quién muestra ejemplos prácticos de empresas que han introducido la jornada flexible de trabajo a pesar de producir en cadena; semejante - SCHULTZ ob.cit.pág.250).

(4) Así ROEHSLER ob.cit.pág.38. Es un modo de personalizar los horarios laborales...que posibilita al trabajador elegir sus horas de entrada y salida dentro -

de ciertos límites y sobre la base de criterio de es
tricta oportunidad" (VALDES DAL-RE ob.cit.pág.296).
Su diferencia con el horario rígido estriba en la --
movilidad del horario, d mejor, de la persona sometido
al mismo (GARCIA NINET ob. cit.pág.216).

- (5) No obstante la propia determinación por el trabajador de su horario de trabajo, no oscurece la obligación del mismo de realizar la prestación dentro de -- un determinado espacio de tiempo. El tiempo de trabajo obligatorio (Pflichtarbeitszeit) permanece vinculan
te para el trabajador, que debe realizar su tarea cum
pliendo con la totalidad del tiempo de trabajo acorda
do. (Así ROEHSLER ob.cit.pág.38 v.asimismo GARCIA NINET ob.cit.pág.217). La cantidad de horas de trabajo que el trabajador debe cumplir se determinan normalmente con módulos mensuales, semanales o incluso dia
rios. Deberá el trabajador realizar por consiguiente una determinada cantidad de horas de trabajo al mes, a la semana, o diariamente. No Obstante, y aquí resi
de la característica principal de este sistema, queda al arbitrio del trabajador la distribución de la cantidad de horas de trabajo a prestar. Dentro del -- cómputo fijado, puede por tanto el trabajador comen
zar o terminar su trabajo a su libre arbitrio. (Si -- bien como indica GARCIA NINET, en uno y otro caso de
be el trabajador comunicarlo ob.cit.pág.217).
- (6) La manifestación práctica de la flexibilidad en el -- horario de trabajo, adopta esencialmente dos formas fundamentales: tiempo de trabajo flexible en sentido restringido, y tiempo de trabajo flexible con posterior compensación o equilibrio del mismo (v.NEUMANN cit.págs.106 y ss. ROEHSLER ob.cit.p'ag.38; SCHULTZ. cit.pág.244). En el primer supuesto determina la empre
sa la duración diaria de la jornada laboral. El trabajador debe observar esta concreta duración del tiem
po de trabajo fijado por la empresa, dejándose no obs
tante a elección del trabajador tanto el comienzo como el término de su prestación diaria laboral. El tra
bajador debe únicamente en todo caso al término de la jornada laboral, haber cumplido con el número de horas de trabajo que la empresa ha asignado. En el segundo supuesto el tiempo de trabajo flexible puede -- ir acompañado de una compensación o equilibrio en la duración de la jornada laboral que tienen en la prác
tica múltiples maneras de manifestación. En tales su

puestos modifica el trabajador la duración diaria - de su prestación laboral, no sólo en el "cuando" va a tener lugar, sino también "cuanto" tiempo diario de trabajo se va a prestar. En tal modalidad no es por tanto debida la realización diaria de un tiempo de trabajo predeterminado (lo que no quita para que se establezcan unas determinadas horas de trabajo comunes y obligatorias para todos los trabajadores: es el denominado tronco común (GARCIA NINET ob.cit.pág cit.) o "Keruzzeit" en el derecho alemán, quedando el resto de la jornada sujeta a la libre determinación del trabajador), sino que por el contrario la obligación del trabajador consiste en el cumplimiento -- global del tiempo de trabajo debido que ha sido fijado para el transcurso de un período de tiempo semanal o mensual, debiendo así el trabajador recuperar el tiempo de trabajo no prestado. Puede así tener -- este, tanto un "saldo" como un "déficit" en el mismo (Zeitguthabe o Zeitdefizit). (V.NAUMANN ob.cit. pág.107; ROEHSLER ob.cit.pág.cit.).

a-2) Sus efectos sobre la diligencia debida.

La implantación de un sistema flexible en el tiempo de trabajo ha traído en cierta manera soluciones al problema de la falta de puntualidad del trabajador -- al comienzo de su trabajo, así como para aquellas -- eventuales faltas de diligencia que se originaban con el prematuro abandono o la cesación de la prestación de servicios por el trabajador antes de la terminación del tiempo de la jornada laboral. (1) Las faltas de puntualidad que frecuentemente son motivo de disputas entre trabajador y empresario, dando lugar a sanciones empresariales, incluso a la de despido (2), quedan ahora prácticamente sin contenido, pues desaparece en este sentido el control de la presencia física del trabajador en su puesto de trabajo, lo que es

asimismo indicativo de la asunción por el trabajador de una verdadera conciencia de la responsabilidad en la ejecución de su trabajo (3), provocando una agudización en sus deberes de conducta. La transgresión de la diligencia en relación con la duración de la - jornada, se vuelve así más difícil que en los sistemas normales de fijación de la misma, por cuanto que la prestación no tiene unos límites fijos temporales en cuanto a su iniciación o terminación, sino que simplemente aquellos son globales. De este modo queda garantizado en cierta manera la observancia por el trabajador de la conducta consistente en ejecutar su - prestación durante el tiempo de trabajo debido (4).

Por otra parte el mantenimiento por el trabajador de la adecuada intensidad en la ejecución de su trabajo, se ve favorecido e impulsado en gran medida con la - introducción de criterios de flexibilidad en la duración de la jornada.

No es raro observar que en la práctica, la tensión - nerviosa ocasionada por la prisa en llegar puntual al comienzo de la jornada de trabajo, repercute en mayor o menor grado en el rendimiento del trabajador.

Por lo pronto, suprimidos los controles de puntualidad y consiguientemente las tensiones emocionales y - nerviosas que tales controles conllevan, se encuentra el trabajador en situación de ejecutar su prestación mejor que con anterioridad. Se produce por lo - tanto una mejora en la eficiencia de su rendimiento (5).

Por otra parte, sabido es que el contenido de la di-

ligencia del trabajador, la puesta en acción de sus fuerzas tanto intelectuales como físicas en orden a la ejecución de la prestación y sobre todo su mantenimiento en cuanto a intensidad y efectividad, ni - lo poseen todos los trabajadores por igual, ni se - presenta tampoco a todos ellos en el mismo momento. Es un hecho perfectamente conocido de la psicología laboral que no todos los trabajadores poseen por -- igual el mismo ritmo de rendimiento, ni -individualmente considerado- puede el trabajador mantener todos los días y día tras día la misma intensidad en la ejecución de su trabajo.

La diversidad con que se presenta en el trabajador - "su mejor momento" para trabajar, y consecuentemente la efectividad y eficiencia en la realización de su tarea, tiene en la práctica no poca importancia (6).

Un sistema que proporcione flexibilidad en la duración de la jornada de trabajo permite realizar esta en aquel momento en que el trabajador posee las fuerzas físicas y psíquicas necesarias. Se encuentra así el trabajador en la situación de poder hacer coincidir el tiempo de trabajo durante el cual debe realizar su prestación con aquel en el que él mismo se encuentra predispuesto tanto física como anímicamente.

El trabajador puede adaptar de esta manera tanto su curva de rendimiento como su ritmo vital a la realización de su tarea con lo que queda conseguido en - cierta medida el mantenimiento tanto de la intensidad como de la efectividad de su trabajo (7).

En trabajos de duración fija y determinada se ve -- obligado el trabajador a interrumpir su tarea en el momento en que ha transcurrido el tiempo de trabajo de la jornada, aún cuando hubiese podido el trabajador continuar su tarea porque en ese preciso momento su capacidad y concentración para el trabajo se lo hubiera permitido. Se encuentra el trabajador en buena predisposición para continuar su trabajo, y -- no obstante tiene que interrumpirlo bruscamente por haber transcurrido el tiempo de su ejecución (8).

Este obstáculo que impide el completo desarrollo del rendimiento del trabajador, y ocasiona en no pocos -- casos la negligencia del mismo en su trabajo, desaparece con la adopción de un sistema flexible de duración del tiempo de trabajo. El trabajador no se ve ahora impedido de continuar su trabajo si él así lo desea y sus fuerzas se lo permiten (mejora del desarrollo de su rendimiento). Por el contrario puede -- el trabajador dar por finalizada su tarea cuando ni físicamente ni psíquicamente se encuentre en condiciones de realizarla (9).

Se ve de esta manera impulsada la efectividad del rendimiento del trabajador en cuanto se le da la posibilidad de concluir una tarea ya iniciada no teniendo por ejemplo que esperar al día siguiente para reemprenderla con la eventual pérdida de tiempo que además puede ocasionarse al tener el trabajador que recomenzar y replantearse de nuevo la tarea a realizar (10).

La implantación del tiempo de trabajo flexible, proporciona no solamente unas condiciones materiales idóneas

para la mejor utilización de la energía y capacidad productiva del trabajador, sino que contribuye asimismo a perfeccionar los aspectos internos de su diligencia al servir como medio adecuado de mejora en la conducta, actuación y predisposición del trabajador en su trabajo. El dejar al libre arbitrio del - trabajador, cuando y en qué momentos debe esta realizar su prestación, trae como consecuencia una cierta reactualización de sus deberes de conducta. La - consciencia de la propia responsabilidad del trabajador tanto en su puesto de trabajo como en la propia ejecución de la prestación, salta a un primer - plano, en tanto que puede adoptar decisiones personales sobre la duración de su jornada (11).

Por otra parte supone también este sistema un mejoramiento en la conducta y comportamiento del trabajador al evitar en ciertos supuestos la infracción de su deber de fidelidad así como de su diligencia (12).

La oportunidad de adecuar la ejecución de la prestación al momento en que el trabajador se encuentra predispuesto (13), la propia consciencia de su responsabilidad en su puesto de trabajo, la eliminación del control de la puntualidad fuente de tantas desavenencias entre trabajador y empresario y en definitiva la mayor libertad del trabajador para determinar en un cierto grado sus condiciones de trabajo, la duración y el momento en que puede realizar su prestación, contribuyen no sólo a mejorar la paz social y el buen clima laboral dentro de la empresa, sino que también y del lado individual del trabajador, a la -

propia satisfacción en la realización de su tarea, al mantenimiento de su moral de trabajo, que bajo la -- perspectiva de la diligencia interior se traduce en una mayor y mejor predisposición en su trabajo, así como en su comportamiento personal y su colaboración con la empresa (14).

Frente a las ventajas examinadas que la aplicación de la jornada flexible de trabajo conlleva, existen también inconvenientes que pueden influir de manera -- negativa, tanto en el rendimiento como en la predisposición y comportamiento del trabajador en el desarrollo de su trabajo. Teniendo el trabajador la oportunidad de decidir por si mismo la distribución de -- sus horas de trabajo, puede este lesionar su deber -- de cumplir con la totalidad global del tiempo de trabajo acordado (Pflichtarbeitszeit).

La actividad del trabajador en un sistema de flexibilidad, no viene exigida ni tampoco proporcionada de forma rítmicamente fija, sino que por así decirlo se proporciona al trabajador, un "crédito a su productividad". El trabajador tiene de este modo un plazo -- de confianza para la realización de su prestación, cuyo término viene normalmente determinado por el transcurso de la misma jornada de trabajo, de la correspondiente semana o del mes. Puede el trabajador por lo -- tanto, posponer temporalmente su actividad, debiendo posteriormente recuperar las horas no trabajadas hasta alcanzar el cómputo total exigido. El deber del trabajador de hacer efectivo este tiempo de trabajo antes del vencimiento del plazo temporal fijado, tendente a compensar con una "excesiva diligencia", la "falta de la misma" con anterioridad, puede tener repercusiones

desfavorables para su salud, al verse constreñido a realizar un excesivo número de horas de trabajo en un corto espacio de tiempo (15).

Por otra parte y siguiendo con las premisas fácticas anteriormente mencionadas, viéndose obligado el trabajador a trabajar intensamente en un relativamente corto espacio de tiempo con objeto de cumplir con el global de trabajo debido, puede adolecer el resultado de su trabajo de deficiencias tanto cuantitativas como cualitativas (16), lo que puede dar lugar a la imputación de negligencia a su conducta, por cuanto bajo tales circunstancias se presenta no raramente -- una cierta pérdida de aptitudes y capacidad en el -- trabajador, originada por el cansancio y la situación de tensión en la que el trabajador se ve inmerso; lo que da lugar a una minoración de su diligencia interior al disminuir la escrupulosidad y el celo en su tarea (17).

En otro orden de cosas, la diligencia extraordinaria a la que viene obligado el trabajador en casos especiales de necesidad empresarial, aunque existente, -- viene su puesta en práctica considerablemente dificultada a causa de la falta de presencia física del trabajador en la empresa (18).

(1) v. GARCIA NINET. ob.cit.pág.217. HILLERT cit.págs.228 y ss. SCHUTZ págs.249-251.

(2) v.págs. 582 y ss. de este trabajo.

- (3) Lo que por otra parte alivia a la empresa. Señala SCHUTZ (ob.cit.págs.cit.) que de esta manera es - ya prácticamente inexistente el riesgo económico que a menudo debe soportar la empresa debido a las faltas de puntualidad de sus trabajadores, porque el cómputo de la jornada laboral comienza a efectuarse a partir del momento en que el trabajador - hace acto de presencia en su puesto de trabajo, no soportando ya la empresa los retrasos del trabajador, porque estos han dejado prácticamente de existir. (v.VALDES DAL-RE, quién señala que de este modo se ha ido reduciendo la frecuencia de los accidentes in itinere ob.cit.págs.296-297). De indicar es también que este cómputo flexible de duración - de la jornada deja también sin contenido los problemas jurídicos que en la práctica se originaban sobre la procedencia o no de la exigibilidad de recuperación del tiempo de trabajo perdido a causas de faltas de puntualidad o abandono prematuro del - - puesto de trabajo.
- (4) Los controles del tiempo de trabajo global que a - pesar del sistema flexible efectivamente existente (Zeitsummenkontrolle) no son vistos por los trabajadores de manera tan molesta como el usual control de puntualidad.
- (5) v.HACKH ob.cit.págs.58 y 59; SCHUTZ ob.cit.pág.252. Sobre las experiencias de tal sistema utilizado por primera vez en la empresa muniquesa Bölkow GmbH dice HILLERT (ob.cit.pág.231), que en esta empresa no se produjo una disminución del rendimiento ni tampoco un empeoramiento de los resultados del trabajo, tanto en las labores individuales del trabajador, como en los trabajos de equipo.
- (6) Piénsese en el trabajador que diariamente se ve obligado a madrugar para acudir a su trabajo, al que su constitución física no le permite la obtención de - un rendimiento laboral adecuado en tales horas del día, pero que conforme avanza este mejora su rendimiento llegando incluso a ser la noche su mejor mo-

mento para la realización de la prestación (así HILLERT ob.cit.pág.232; semejante HACK ob.cit. pág. 72).

- (7) En este sentido: HACK ob.cit.pág.72; ROEHSLER ob.cit.pág.39; SCHULTZ ob.cit.pág.252.
- (8) Así HACK ob.cit.pág.61.
- (9) Lo que en la práctica puede tener gran relevancia, pues no es infrecuente que se produzca una ejecución defectuosa de la prestación en tales circunstancias, motivada por el cansancio, desidia, rutina, monotonía del trabajo etc.
- (10) Por otra parte la nueva orientación que en cierta medida adopta el salario en tales sistemas, estimula en mayor grado la escrupulosidad y esmero del trabajador en la ejecución y terminación de su tarea antes del abandono por este de su puesto de trabajo.

Quedándose el trabajador por ejemplo 5 ó 10 minutos más de lo debido en un sistema rígido de duración de la jornada, a fin de terminar una tarea ya empezada, obra el trabajador ciertamente diligente, no viéndose sin embargo esta retribuida salarialmente, por cuanto que este tiempo de más, no es computado como tiempo de trabajo. Con el sistema flexible de duración de la jornada se computan estos cortos períodos de tiempo como tiempo de trabajo, con lo que es evidente el mayor estímulo a la diligencia del trabajador que en un sistema rígido. Con este nuevo procedimiento, señala HACK (ob.cit. pág.75) no se "regala" ya más tiempo de trabajo.
- (11) Con las importantes consecuencias que este hecho conlleva: la asunción consciente por el trabajador de su propia responsabilidad en su trabajo --

eleva la dignidad de su persona y refuerza su ética profesional, todo lo que se traduce en la satisfacción del trabajo personal así como en una sensible mejora de las relaciones entre trabajador y empresario (en este sentido HILLERT ob.cit. pág.232; NEUMANN cit.pág.107; ROEHSLER ob.cit.pág.39; HACKH ob.cit.pág.60). La propia responsabilidad del trabajador en su puesto de trabajo se manifiesta incluso en los trabajos de producción en cadena en los que ha sido posible la introducción del tiempo de trabajo flexible, al poseer ahora el trabajador una cierta autonomía en la organización de su tarea que antes caía en la esfera del poder directivo empresarial. Al igual que en los sistemas de jornada laboral rígida, son los propios trabajadores los que se preocupan de que el desarrollo del trabajo transcurra sin dificultad, controlando y vigilando la actuación diligente de sus compañeros de trabajo. Así por ejemplo en trabajos remunerados según el rendimiento de un grupo de trabajadores, caso de que un trabajador pertenece a ese grupo, interrumpiese su trabajo de forma altamente inadecuada, sería inmediatamente llamado al orden por el grupo mismo (así HACKH.ob.cit.pág.119; quién además señala que en la práctica la misma autonomía ganada por el trabajador origina la posibilidad de que un determinado grupo de trabajo, concierte entre sí tanto la hora de su comienzo como la hora de su finalización).

- (12) Piénsese por ejemplo en aquellos supuestos de interrupciones de la prestación debido a que el trabajador se ve en la necesidad de utilizar cierto tiempo de su trabajo para resolver asuntos personales, familiares etc. que en muchos casos encuentran reconocimiento legal, y que puede conducir a abusos por parte del trabajador en cuanto que este puede no verse obligado a recuperar el tiempo de trabajo perdido en resolver asuntos atañentes a su esfera privada. En un sistema de horario flexible de trabajo no se computan en principio como tiempo de trabajo estas ausencias privadas del trabajador que por consiguiente "se cargan en su cuenta" y no en la de la empresa. (Así HACKH-ob.cit.pág.122-) En tales interrupciones temporales señala HILLERT ob.cit. pág.cit., se ha comprobado la mayor escrupulo-

sidad y consciencia del la propia responsabilidad en la distinción por los trabajadores entre trabajo y esfera privada.

- (13) Poniendo así unas bases sólidas para el mejor aprovechamiento y utilización de su capacidad productiva.
- (14) v. HILLERT ob.cit.pág.232; ROEHLER ob.cit.págs.39-40. Un claro ejemplo práctico sobre la mejora del comportamiento del trabajador, se observa en la -- falta de asistencia al trabajo del mismo a causa -- de "presunta enfermedad". Tales faltas de asistencia al trabajo han disminuído sensiblemente con la introducción de la jornada laboral flexible. (SCHULTZ cit.p.251). "Porqué en este sentido disminuyen los supuestos de enfermedad lo sabe cada uno por -- sí mismo cuando a causa de quedarse dormido un -- cuarto de hora de más, tiene que decidirse entre ponerse enfermo o la reprimenda" (Ch. SCHUBERTH, cit. en SCHULTZ cit.pág.cit.).
- (15) v. ROEHLER ob.cit.pág.40. Tales supuestos podrían por otra parte lesionar la normativa legal sobre -- la duración de la jornada de trabajo. Por lo demás el supuesto aquí contemplado puede revestir caracteres inversos: el trabajador desarrolla en un principio gran cantidad de horas de trabajo para con -- posterioridad y en consecuencia tener a su disposición un mayor tiempo libre.
- (16) Lo que iría contra la deseada mejora de la productividad del trabajador. "Lo de menos --indica GARCIA NINET-- para mejor rendimiento de los trabajadores no es tanto el que presten su trabajo en un momento del día concreto, cuanto el que lo hagan en y -- dentro de ciertos límites" (ob.cit.pág.43).
- (17) v. HACKH ob.cit.pág.123.
- (18) Así ROEHLER ob.cit.pág.41.

b) Tiempo de trabajo dependiente de la ejecución o conclusión de la tarea asignada.

El ámbito temporal de la diligencia adquiere asimismo matices especiales en un supuesto asimismo especial, contenido en nuestro ordenamiento jurídico laboral que -y sobre la base de su interpretación literal y estricta encierra en el fondo un tiempo de trabajo de características peculiares - propias, si bien nuestra LCT lo haya incluido asistématicamente en el capítulo V del Libro primero - correspondiente al salario.

El supuesto al que se está haciendo referencia es el contemplado en el art.38 párrafo tercero de la LCT. En este, la duración de la jornada o tiempo de trabajo abarca hasta el momento en que el trabajador cumple o termina el trabajo asumido (1).

Aquí, no obstante el establecimiento de un tiempo determinado de trabajo, la obligatoriedad de su - total o completa observancia se hace sin embargo depender de la terminación o no por el trabajador de la tarea encomendada antes de que aquel transcurra por completo; en definitiva, de cómo utilice y haga uso efectivo el trabajador del mismo mediante su actuación diligente. De la mayor o menor diligencia observada por el trabajador, resultará el que este concluya su trabajo "más pronto" o "más tarde" y, consecuentemente, el que su tiempo de -- trabajo sea mayor o menor. .

Es así el propio trabajador el que realmente fija

la duración de su jornada o tiempo de trabajo. Este puede determinar, que frente al establecimiento - global de un tiempo de trabajo "formal", surja -- otro "real y efectivo" que podrá ser igual o menor (2) que el fijado inicialmente según el grado de diligencia observado en orden a concluir la ta rea por él asumida.

El establecimiento de una jornada de trabajo, en la que su duración real se haga depender de la termina ción por el trabajador de su tarea, repercute como estímulo en la diligencia del trabajador, al traba jar este con mayor intensidad, a fin de disminuir o acortar su jornada de trabajo (3).

Por lo demás, es de indicar que el ámbito temporal descrito en el que se mueve ahora la diligencia, pro duce como consecuencia el que el buen uso del tiem po de trabajo no abarca o se extiende forzosamente a la totalidad de la duración del tiempo de traba jo inicialmente fijado, sino sólo a aquel necesa rio -a aquel que el trabajador precise- para la eje cución de la tarea encomendada, todo lo que consti tuye una nota diferencial importantísima con rela ción a aquellos trabajos sujetos a una duración - fija y "no condicionada" en los que el trabajador se ha obligado contractualmente a seguir trabajan do.

(1) Son los trabajos que la LCT -en el proyecto y párra fo citados- denomina "por tarea", consistentes, "en la obligación del obrero de realizar una determina

da cantidad de obra o trabajo en la jornada u otros períodos de tiempo al efecto establecido, entendiéndose cumplida dicha jornada o período de tiempo en cuanto se haya ultimado el trabajo fijado en la tarea".

- (2) El problema que puede derivarse del hecho de ser - "mayor" el tiempo invertido en la ejecución de la tarea al inicialmente fijado, se reconduce al propio de la asunción inicial de la culpabilidad al - tiempo de la contratación, bien por el trabajador, bien por el empresario.

- (3) Sin que en principio la forma en que la tarea es - remunerada tenga relevancia en la actuación más o menos diligente del trabajador. En la tarea -y bajo las perspectivas aquí examinadas-, "el incentivo está en el puro ahorro de tiempo que pueda que dar a beneficio del trabajador..." (el subrayado es nuestro. ALONSO OLEA. Derecho...ob.cit.pág.162; semejante en Dieciseis Lecciones sobre Salarios... ob.cit. págs.38-39). "Forzosamente hay que decidir se por un salario fijo, independientemente de las variaciones del rendimiento. El trabajador percibirá lo mismo, emplee más o menos tiempo en la conclusión de la tarea. Lo único que obtiene a cambio, como compensación del específico esfuerzo, es una reducción de su jornada" (DIEGUEZ CUERVO.RPS n.59 1963 pág.66). Se debe así afirmar la irrelevancia en la manera cómo la tarea se retribuye, - pues, "es claro que el precepto dicho (zrt.38 pf. 3 LCT) no está describiendo ni un salario ni una forma de remuneración" (ALONSO OLEA. Dieciseis... ob.cit.pág.37); pues el "portillo al rendimiento variable" que la tarea abre -indica DIEGUEZ CUERVO- "no afecta para nada a la determinación del salario que sigue siendo idéntica" (RPS cit.pág.cit.). Lo dicho, no impide que la tarea pueda adoptar con mayor o menor dificultad o aceptabilidad, la diversidad de formas retribuidas (sobre las diferentes posturas y consideraciones doctrinales a este respecto cfr. RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit.págs.71 y ss. y 88 y ss.), sin por ello abandonar la característica que conforme al art.38 ap.3 LCT, le da naturaleza propia: que se entienda cumplida la jornada

o período de tiempo establecido, cuando se haya ultimado el trabajo fijado en la tarea; y es por esto la afirmación anteriormente hecha de la asistemacidad de este pf.3 del art.38 dentro de las formas retributivas salariales.

II. DILIGENCIA DEBIDA Y REMUNERACION.

A pesar de la influencia que el tiempo de trabajo ejerce de manera global o general sobre la diligencia en los términos examinados, aquel, constituye simplemente como se vió, el marco donde la diligencia debida encuentra su localización temporal. Correlativamente la pura consideración de la jornada de trabajo indica solamente la concretización de la prestación o actividad del trabajador en un "espacio-tiempo" que en el fondo nada dice sobre la tarea a realizar, el "cómo" en su ejecución, o la -- intensidad y sus límites, por lo que surge la necesidad de averiguar y determinar dentro de este marco temporal el verdadero alcance de la diligencia debida del trabajador en atención al trabajo a desarrollar y lo que es de todo punto relevante por su carácter indisoluble con aquél: la forma en que el mismo va a ser remunerado (1).

La diligencia del trabajador se va a hacer dependiente de los sistemas de remuneración del trabajo, y en este sentido sujeta a una variabilidad constante -- determinada por las diferentes fórmulas remuneratorias, así como por el permanente desarrollo y nuevas perspectivas que los mismos suelen presentar;

todo lo que en definitiva no es sino reflejo de - una conexión o relación directa entre rendimiento y remuneración (2) tendente a provocar un estímulo en la capacidad productiva del trabajador, la consiguiente efectividad de su trabajo, el aumento de su ritmo y velocidad, así como evitar interrupciones innecesarias durante el tiempo de su ejecución, que acarrearían la consiguiente mengua en la producción.

Por otra parte, la remuneración va a jugar un importante papel en la delimitación de hasta donde - pueda extenderse la intensidad empleada por el trabajador en la realización de su tarea, de cuyo exceso se pueden derivar consecuencias dañinas o perjudiciales para su salud física y psíquica, con lo que el sistema remuneratorio produciría efectos -- contrarios a los queridos. Es por tanto el salario el llamado a establecer las limitaciones pertinentes a través del adecuado cálculo del mismo (3).

Junto a las dos primeras formas de remuneración del trabajo a tiempo y a destajo, han ido apareciendo - nuevas formas de retribución, las primas al rendimiento, que junto con las dos anteriores constituyen las tres formas clásicas en que se basa la valoración económica de la actividad que presta el - trabajador (4). Quedando fuera de duda el diferente prisma con que puede ser contemplada la diligencia debida, según los diferentes sistemas retributivos; se hace necesario sin embargo indicar que el progresivo desarrollo en esta materia ha potenciado

si no una identificación entre la remuneración a tiempo y la remuneración a rendimiento, sí cuando menos, una fuerte aproximación entre ambos sistemas como consecuencia de una paulatina pero progresiva tecnificación del trabajo, que correlativamente ha llevado a una división del mismo altamente perfeccionada, así como al establecimiento de féreos sistemas de descripción y valoración de tareas.

- (1) De señalar es que el salario viene aquí contemplado de una manera indirecta y accidental en el sentido de examinar sus efectos en la diligencia del trabajador, y no como tema central y directo de estudio. No se trata por tanto de examinar el propio salario a tiempo o el salario a rendimiento en su significado habitual, sino por el contrario, se trata de indagar el "cómo" y el "cuando" del trabajo remunerado a tiempo o a rendimiento.
- (2) Y es esto así, por cuanto que el salario tiene estrecha conexión con la índole del trabajo, con aquellas exigencias de tipo corporal, intelectual y psíquico que el trabajador debe poner en marcha para el desarrollo de su tarea. El salario debe corresponderse y ajustarse a la productividad alcanzada por el trabajador, al grado de rendimiento resultante de la efectividad de su trabajo y de su predisposición para el mismo. (en este sentido - BOEHRS H. Leistungslohn. Wiesbaden 1959. págs. 16 y ss. quien indica que el salario debe ser "anforderungsgerecht" y "leistungsgerecht").
- (3) Lo que en la práctica puede ocurrir no raramente. Piénsese en el supuesto, en el que la voluntad de obtener por el trabajador una remuneración más ele

375
vada, produce como consecuencia el que este aumen
te el ritmo y la velocidad de su trabajo hasta ex
tremos peligrosos para la conservación de su salud.
Impedir tales situaciones es misión primordial de
la empresa, teniendo como medios fundamentales de
prevención, no sólo el propio control y vigilancia
de los rendimientos, sino también el adecuado cóm-
puto y formación de las retribuciones.

- (4) Una rígida división o separación entre la remune-
ración a tiempo y la remuneración a rendimiento no
se corresponde con la realidad y necesidades de la
vida laboral moderna, pues de todos es bien conoci-
do que en la práctica existen gran variedad de com
binaciones y formas intermedias de retribución que
difícilmente son susceptibles de encasillamiento
tan rígido, por lo que, y en definitiva, la diligen-
cia debida en trabajos remunerados a tiempo, como -
se verá, no queda tan difusa ni en su intensidad, ni
en su concreción material (el resultado) como en un
principio podría pensarse, pues adquiere caracteres
y conformaciones que lindan ya con los propios de
un sistema de remuneración a rendimiento; todo lo -
que obliga a señalar que salvo determinadas formas
de trabajo clásicas o tradicionales, y con la vista
puesta ya en los modernos avances productivos, no -
se pueda ya hablar de remuneración a tiempo o a ren
dimiento como criterios o nociones totalmente dispa-
res o contrapuestos.

1. Diligencia en trabajos remunerados a tiempo.

A. Consideraciones generales.

Podría pensarse eventualmente para el exámen de la
prestación en un abandono del factor tiempo como -
criterio de determinación y valoración del rendi-
miento del trabajador. Los trabajadores no serían
en consecuencia remunerados por la realización de
un cierto tiempo de trabajo sino por la ejecución
y consecución de un determinado rendimiento. De ser

factible en toda esfera laboral su determinación exacta, se podría dejar incluso a la elección del trabajador el momento de realizar la prestación.- Estas y otras consideraciones semejantes que podrían hacerse fáciles de construir en teoría, son, para determinadas prestaciones como en breve se verá, de muy difícil e incluso de imposible realización práctica. Mientras persistan obstáculos y dificultades que impidan tanto la formulación, como la concreción y fijación de un rendimiento exacta, no se podrá abandonar la ejecución del trabajo "a tiempo", así como el control sobre la presencia física del trabajador en su puesto de trabajo.

Por otra parte, no sólo el trabajo remunerado a tiempo juega un importante papel en la praxis laboral en atención a las consideraciones señaladas, sino también en base a la existencia de poderosas razones que aconsejan su utilización, bien por iniciativa del empresario, bien por la propia postura que suelen adoptar los trabajadores, o bien, teniendo en cuenta la modalidad, naturaleza y caracteres de la actividad a desarrollar. Esta última razón mencionada (1), como apoyo a la actualidad y utilidad de la remuneración a tiempo del trabajo, adopta diversas manifestaciones prácticas donde aquella forma de retribución se resulta de necesaria aplicación.

Los sistemas de remuneración a tiempo (2) encuentran fundamentalmente aplicación -a título meramente ejemplar- allí donde prevalece no la cantidad -

377

de trabajo, así como tampoco la celeridad conque - este es ejecutado, sino por el contrario donde predomina la calidad del mismo reflejo del esmero y escrupulosidad en su ejecución (3), sobre todo en -- aquellos que presuponen especiales aptitudes intelectuales, creadoras o artísticas (4).

Se utiliza también la remuneración a tiempo, allí - dónde su transcurso continuado llega a constituirse en la medida más idónea y adecuada para la determinación y retribución del rendimiento del trabajador, por ser trabajos que presentan por norma general dificultades de determinación en cuanto a su índole - y extensión, porque su medición no sea posible por puros impedimentos técnicos-científicos y en consecuencias tampoco el establecimiento de un nivel determinado de productividad, ni siquiera el momento de realización o desarrollo efectivo del trabajo, al adolecer el rendimiento del trabajador de incertidumbre e inconstancia, por cuanto la intensidad oscila en cortos períodos de tiempo (5) (6).

La remuneración a tiempo se hace asimismo necesaria en aquellas actividades que conllevan a una especial peligrosidad o riesgo en su ejecución, pues de existir estímulos económicos determinantes de - una mayor productividad quedarían descuidadas con - mayor frecuencia las medidas de seguridad en el trabajo, al disminuir el cuidado, la precaución y la prudencia del trabajador lo que sin duda contribuiría a aumentar el número de accidentes en su ejecución (7).

Finalmente y de manera especial deben ser remunerados a tiempo aquellos trabajos en los que el traba

jador no puede influir sobre su cuantía o intensidad porque la velocidad del mismo esté ya de por sí determinada a través de una organización técnico-productiva de los puestos de trabajo (8).

Dentro de esta visión general de la retribución a tiempo, merece indicarse, bien que de manera breve, algunas de sus características fundamentales, de especial interés para el exámen de la diligencia debida del trabajador. El salario, objeto de la retribución del trabajo a tiempo, es uno de carácter fijo e invariable, determinado conforme a concretas y diferentes unidades de tiempo, y en el que el tiempo de trabajo sirve como base de la remuneración debida del trabajador (9). La altura de la remuneración se configura así, atendiendo a la duración del tiempo de trabajo, sin consideración al resultado del mismo (10). La prestación del trabajador no opera de ordinario como medio directo tendente a la variación de la altura de la remuneración, según la cantidad o cualidad de aquella (11), o, dicho en otros términos, la retribución a tiempo deja inconsiderado tanto el rendimiento individual del trabajador como sus variaciones u oscilaciones positivas o negativas (12), por cuanto existe una independencia entre el grado o nivel de productividad del trabajador y su remuneración que es de esta manera fija, no ofreciendo así ningún estímulo a su diligencia tendente a una elevación cuantitativa de su productividad (13).

- (1) Respecto a las dos anteriores, puede aquí señalar se que los criterios empresariales que aconsejan el mantenimiento de la remuneración a tiempo o el posible retorno a su aplicación, tienen su fundamento de un lado en las propias dificultades de la empresa para crear una organización productiva basada en un sistema de remuneración por rendimiento; del otro en la deficiente formación o preparación de su personal para llevar a cabo estos objetivos e incluso en la eventual creación de dificultades tanto de tipo jurídico-laboral como psicológico -- que la introducción de nuevas formas de remuneración por rendimiento pueda traer consigo. Del lado de los trabajadores, se presenta en ocasiones una falta de confianza en la exactitud o autenticidad sobre las ventajas que un sistema de remuneración por rendimiento puede proporcionar; por otra parte se hace patente en los trabajadores el deseo de una cierta garantía en la cuantía de sus ingresos, así como el temor a una exagerada utilización de sus - fuerzas de trabajo ante la existencia de estímulos al rendimiento que podría poner en peligro su salud, no siendo tampoco infrecuente el hecho de un cierto malestar de aquellos, cuando su trabajo viene "a priori" excesivamente detallado y prefijado.
- (2) Sobre trabajos necesitados de remuneración a tiempo porque escapan a una determinación o fijación - de escalas de rendimiento, v.la Orden de 8 de mayo 1961, que desarrolla el Decreto 21 de septiembre - 1960, en especial en sus artículos: 9, 15 y 16.
- (3) Lo que no constituye forzosamente óbice para que el salario a tiempo encuentre asimismo aplicación - práctica en aquellos trabajos, en los que es deseable un mayor volumen productivo, ni que tampoco la calidad del trabajo no pueda ser incentivada como se verá.
- (4) v.DIEGUEZ CUERVO.RPS cit.pág.78. En estos se ha llegado a hablar no de una prestación normal, sino de

una prestación o rendimiento "original". Así BRA-MESFELD, quien habla para tales actividades de la existencia de un "Originalleistung" (en obra colectiva: Analyse und Bewertung von Angestelltentätigkeiten. 1953.pág.7.

- (5) Porque por ejemplo se modifica con mayor o menor - frecuencia la naturaleza o índole del mismo, así como su continuidad, repetidamente, lo que ocurre a menudo entre otros, en trabajos de transporte o almacenaje, en muchos de los trabajos considerados auxiliares, así como en aquellos otros cuya actividad principal consiste en relizar una determinada reparación (v.DIEGUEZ CUERVO RPS.cit.pág.78; E.KO-SIOL. Theorie del Lohnstruktur.Stuttgart.1928, pág. 8), si bien en estos últimos mencionados, y precisamente porque la consideración al tiempo juega un importante papel, puede en cierta manera ser valorada la intensidad o efectividad del trabajador que de manera periódica y continuada desarrolla el trabajo según una escala valorativa del rendimiento que iría desde "lo usual", pasando por "bastante alto" y "alto", hasta llegar al "muy alto", y conforme a esta graduación establecer los pluses de rendimiento (así BOEHRS H.Leistungslohn.ob.cit.pág.37)
- (6) En tales supuestos la diligencia a observar por el trabajador se hace más dependiente de su propia persona que de factores propiamente externos, por lo que se ha llegado a hablar de una remuneración "según la buena fe" (así H.MAUCHER.Zeirlohn, Akkordlohn Prämienlohn. Darmstadt.1965.pág.7; quién habla en estos casos de "Lohn auf Treu und Glauben"), en cuanto que se recurre a esta como criterio principal - de consideración del rendimiento exigible al trabajador (cfr.sin embargo, F.SCHNELLINGER.Leistungslohn im Handel.Berlin.1969 pág,58).
- (7) v.H. MARTENS.ob.cit.pág.72.
- (8) v.DIEGUEZ CUERVO.RPS.cit.pág.78.F.GROSENS.Mensch und Arbeit.1952.págs. 193 y ss.

- (9) En este sentido H.MAUCHER.ob.cit.p'ags. 6 y ss. F. SCHNELLINGER ob.cit.pág. 57 v.asimismo D.HERNANDEZ MARTIN. Dieciseis Lecciones sobre Salarios...cit. págs. 78 y ss.)
- (10) Así señalan HUECK/NIPPERDEY que , "ein Zeitlohnvertrag liegt vor, wenn die Vergütung nach der Länge der Arbeitszeit ohne Rücksicht auf das Ergebnis der Arbeit berechnet wirdt" (Grundriss des Arbeitsrechts. 5 edic.1970 pág.50). Frente al salario a rendimiento, posee el salario a tiempo una cierta "libertad" por cuanto no constituye una remuneración ligada a un rendimiento fijo (E.OBERHOFF. Der Einfluss der Lohnsform auf Wirtschaftlichkeit und Lohngerechtigkeit. Heidelberg 1973.pág.15).
- (11) DIETZ/GAUL/HILGER. Akkord und Prämie. 2 edic..Heidelberg.1967.pág.22.
- (12) v.HUECK/NIPPERDEY. Lehrbuch...I.cit.pág.136 y ss.
- (13) v.MAUCHER ob.cit.pág.6; HERNANDEZ MARTIN cit.pág.78; SCHNELLINGER ob.cit.pág.58; KOSIOL ob.cit. págs. 7 y 8, quien señala que esto favorece indirectamente un mayor nivel cualitativo en el rendimiento del trabajador.

B. Tiempo "diligentemente trabajado".

a) Sujección y no discrecionalidad del trabajador.

Si bien la diligencia que debe prestar el trabajador en los trabajos remunerados a tiempos vista por lo general más problemática que aquella otra debida en los remunerados a rendimiento, por cuanto se piensa

que la intensidad debida adolece en principio de una cierta abstracción e indeterminación, no significa sin embargo negar la posibilidad de conocer la misma tanto en su medida como en su valoración (1).

En los trabajos remunerados a tiempo no se establece en principio la extensión y el contorno de la -- prestación según el libre criterio del trabajador. A este, no le es dada la opción de fijar de manera discrecional cual sea el grado de diligencia que debe prestar (2). La propia función del salario exige una concretización del deber de trabajar, no sólo configurándolo en su proyección temporal, sino también reclamando del trabajador una cierta intensidad que haga efectivo aquel (3). Y es aquí donde la diligencia se sale del mero criterio temporal de la prestación, para manifestarse con toda su virtualidad: "el trabajador no debe realmente un cierto tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo"(4), lo que a nuestro juicio significa que el trabajador debe aquel esfuerzo o intensidad a aplicar en su - trabajo en función de una justa y equitativa exigencia de sus obligaciones contractualmente asumidas. - Así, se cumple el deber de trabajar, no cuando simplemente transcurre el tiempo de trabajo debido, sino - cuando efectivamente transcurre habiendo aplicado el trabajador la intensidad y el esfuerzo precisos para que aquel tiempo sea considerado efectiva y realmente como "de trabajo", y consiguientemente pueda calificarse su retribución como constitutiva de un salario a tiempo "diligentemente trabajado" (5).

- (1) Ni inversamente afirmar que tal imposibilidad o dificultad es inexistente en los trabajos remunerados a rendimiento. Claramente ve ALONSO OLEA el fondo complejo del problema, cuando señala - que parece "como si las remuneraciones por rendimiento o por unidad de obra, cuando el salario reviste esta forma, dejaran resuelto el tema, -- por cuanto la intensidad del trabajo se acompasa a la contraprestación o salario del empresario. Esto no es así, sin embargo: independientemente de que una norma de derecho necesario puede garantizar aún en estos casos un mínimo salarial fijado con arreglo al tiempo de trabajo (con lo que el problema revierte sobre el indecisorio de la jornada), si se remunera total o parcialmente por unidades de ejecución de obra, se ha de saber previamente cómo se valora cada unidad, lo - que es imposible si no se estudia y conoce el - tiempo de ejecución de cada unidad, y como este tiempo, es, a su vez, variable según el ritmo - o intensidad del trabajo, resulta que los trabajos así remunerados son en principio tan indeterminados como los remunerados a tiempo en cuanto a la fijación de la diligencia exigible al -- trabajador" (Derecho...cit.pág.142. Lo subrayado es nuestro).
- (2) v.HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.205. El trabajador debe también observar en los trabajos remunerados a tiempo "la clase y extensión de trabajo -- que marquen las leyes, la reglamentación de trabajo, el contrato y en su defecto los usos y costumbres" (art.64 LCT), todo lo que ha de hacer - con el empleo de la diligencia debida. (Así HERNANDEZ MARTIN. Dieciseis Lecciones...cit.pág.83).
- (3) "El empresario -señala DIEGUEZ CUERVO- retribuye por tiempo; pero porque ello no impide que espere algo de la prestación del trabajador: la obtención de un resultado" (RPS cit.pág.58). Indica - GUIDOTTI, que en los trabajos remunerados a tiempo "la valoración de la prestación del trabajador está fundada en la presunción de que, en un

determinado período de tiempo el trabajador hace efectiva una determinada cantidad de trabajo de una calidad también determinada". (La retribuzione nel Rapporto di Lavoro. Milano.1956,pág.153. cit.por HERNANDEZ MARTIN ob.cit.págs.82-83).

- (4) ALONSO OLEA. Derecho...cit.pág.142.Idea que debe verse inmersa en los trabajos remunerados a tiempo a que se refiere el art.38-1 LCT inciso 1, pese a su tenor literal, tanto más si se acude a examinar la perspectiva y evolución histórica del precepto, que no sino el anterior art.28 de la - LCT de 1931, extraído a su vez, como indica RO--DRIGUEZ BORBOLLA de la normativa existente en los proyectos de Ley de 1906 y 1910. El art. 8 del - Proyecto MERINO, señalaba que en los trabajos remunerados a tiempo, "sólo se atenderá a la duración del servicio, independientemente de la cantidad de obra realizada, aunque debiendo trabajar el obrero con la intensidad adecuada a sus condiciones y género de ocupación". (ob.cit.pág.77 y nota 48 de la misma página).

- (5) Lo que obviamente debe ser entendido desde su - más amplia perspectiva. No se trata solamente de que el trabajador aplique la intensidad y el esfuerzo debido durante su tiempo de trabajo, cuando realmente así lo haga, sino que debe hacerlo durante todo el tiempo en el que efectivamente - deba ejecutar su prestación. El buen uso del - tiempo de trabajo por el trabajador -lo que obliga a trabajar "sin otras interrupciones que las legales contractuales o usuales" (HUECK/NIPPER--DEY ob.cit.I.pág.205; semejante KUECHENHOFF AuR 1969.pág.193)- adquiere así especial relevancia en aquellas actividades que se remuneran por tiempo trabajado; sin que no obstante queden inobservadadas en aquellas otras remuneradas a resultado como se verá.

b) La intensidad y el esfuerzo "debidos".

El mero hecho de afirmar la necesidad de demandar del trabajador durante el tiempo de desarrollo de

su prestación, una diligencia que sería justo y razonable exigir, para que en efecto tenga lugar un "tiempo diligentemente trabajado" (1), no nos dice de por sí porque no lo concreta, cual sea el esfuerzo o intensidad que de manera efectiva deba aplicar u observar el trabajador, lo que en otros términos lleva a preguntarse, qué o en qué consisten, o bien cuales son esas razonables exigencias, que se pueden demandar del trabajador para el satisfactorio cumplimiento de su prestación.

La cuestión debe ser planteada y examinada bajo -- una doble perspectiva. De un lado y a través de la referencia a la objetividad en atención a un criterio de aplicación general; de otro, y a través de la referencia a la subjetividad, en consideración a un criterio de aplicación al caso concreto que en definitiva no va a ser sino la manifestación de aquel otro de carácter general, si bien en -- consideración ya a la propia individualidad o personalidad del trabajador.

-
- (1) Porque como indica ALONSO OLEA, "lo único que las normas sobre jornada suponen implícitamente es -- que durante ella se realiza un trabajo efectivo, dejando inédito el tema de su intensidad real" -- (Derecho...ob.cit.pág.142).

b-1) Referencia a la objetividad.

Por de pronto el trabajador debe ejecutar su pres

tación mediante el esfuerzo y empleo adecuado de su fuerza, capacidad y aptitud (1), a fin de cubrir y satisfacer las demandas de su empresario, el cual no sólo está interesado, como se vió, en que se preste meramente un tiempo de trabajo por el que remunere, sino también, en que este tiempo de trabajo sea "efectivo" (2) con lo que su interés contractual se conexas con el hecho de que el trabajador emplee su tiempo trabajando diligente mente.

Aún admitiéndose que el trabajador debe trabajar con el adecuado empleo de su aptitud y capacidad, no queda todavía suficientemente claro ni preciso -en la medida en que lo pueda ser- el determinar en que consiste verdaderamente el esfuerzo "adecuado", así como su proyección material en el ámbito concreto de la vida laboral. La aplicación del es fuerzo, que se traduce en trabajar con una cierta o determinada intensidad debe lógicamente adecuar se a la satisfactoria ejecución de las obligaciones prestacionales asumidas en el contrato. El -- trabajador, como ser normal biológicamente constituido, semejante a los otros seres de su especie, sólo puede estar capacitado para desarrollar un esfuerzo tanto físico como intelectual acorde con el ritmo biológico natural (3); por lo que la obligación contractual de trabajar, sólo puede ve nir materializada y sustanciada a través del empleo de una intensidad tal, que acorde con la constitución y ritmo biológico del ser humano se sitúe consiguientemente en un estadio natural o intermedio, ubicado, como ha señalado la doctrina -

más calificada, "entre la mera holganza y la extenuación física" (4).

La obligación de trabajar asumida contractualmente no obliga por tanto al trabajador a hacerlo, mediante una total o completa aplicación de sus fuerzas físicas e intelectuales, tanto más si con una afirmación tal (5) se quiere restar virtualidad al hecho de que el trabajador, y en consideración a la duración de su prestación de servicios, sólo viene obligado a trabajar hasta el límite - de lo que él pueda sin daño a su salud física o psíquica (6), por lo que es obvio, "que del contrato de trabajo ya celebrado no deriva la obligación para el trabajador de llegar a la extenuación física, en cada acto de cumplimiento en cada día de trabajo. El contrato de trabajo no obliga al trabajador a extenuarse y, por consiguiente, sus -- fuerzas físicas llevadas al límite no son el límite ni la medida de cual debe ser su contraprestación por el salario que del empresario recibe, de cuales son los frutos de trabajos o el trabajo mismo que debe prestar por el salario que se le paga" (7).

Queda así confirmado un nivel de esfuerzo o intensidad de carácter intermedio, nacido de la propia actuación y comportamiento laboral de los trabajadores (8) que en última instancia descansa sobre la costumbre (9), y que no es sino reflejo de que la medida de la diligencia debida y exigible al - trabajador, viene sustancialmente determinada a -

través de su contrastación con trabajadores de -
semejantes aptitudes o capacidades que realizan
trabajos similares o iguales.

- (1) Así HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.205; KUECHENHOFF AuR 1969 pág.193; NIKISCH ob.cit.I.pág.300. En el mismo sentido se ha manifestado el BAG st.20.3. - 1969 (2 AZR 283/68).
- (2) Lo que constituye como indica BAYON CHACON/PEREZ BOTIJA "la vertiente jurídica (que) nace del mecanismo de deuda del contrato de trabajo. Si se - cambia un trabajo por una retribución, aquel debe ser efectivo y adecuado en cantidad". (ob.cit.II. 466).
- (3) v.págs. 444 y ss. de este trabajo.
- (4) ALONSO OLEA. Derecho...cit.pág.142. Nótese que - estamos ahora ante el exámen de la diligencia de bida desde su perspectiva o referencia a la generalidad de los trabajadores que realizando igual o semejante trabajo, poseen una aptitud y capacidad asimismo semejante, alcanzando consiguientemente parecido rendimiento, se está en definitiva ante el rendimiento normal de un trabajador apto, medida que no obstante ubicarse legalmente en el - art.38.2.LCT (en salarios por unidad de obra), - debe aplicarse asimismo como acertadamente ha - puesto de manifiesto la Doctrina a los trabajos remunerados a tiempo (ALONSO OLEA; pág.37; GONZA LEZ ENCABO p'ag.74; HERNANDEZ MARTIN pág.83, to dos en Dieciseis Lecciones sobre Salarios ob.cit)
- (5) Algunos sectores doctrinales minoritarios alema- nes han hablado de que el trabajador debe ejecu-

tar su prestación con "volle Einsatz seiner geistigen und körperlichen Kräften (v.KAUFFMANN AuR 1963 pág.267, lo que no es susceptible de valoración o estimación real pues ¿cuando se puede saber que el trabajador ha dado "todo" de sí? - ¿se puede acaso precisar a lo que es capaz de - llegar el ser humano? y por lo tanto mucho más incierto e irreal en su determinación que el -- afirmar la intensidad o el esfuerzo de carácter medio.

- (6) Así HANAU/ADOMEIT. Arbeitsrecht.I.cit.pág.148;- RUETHERS ZFA 1973, pág. 399.
- (7) ALONSO OLEA (en La Empresa.Obra colectiva.Madrid 1962 pág.93).
- (8) Quienes en definitiva fijan el nivel que quedando por debajo de la extenuación física no pueda ser tachado de "holganza", no son sino, como indica ALONSO OLEA, "las colectividades de trabajadores, el conjunto de los que están al servicio de una empresa, u ocupados en un mismo taller o trabajando en operación u operaciones similares.." (en La Empresa...ob.cit.pág.cit.).
- (9) Lo normal deviene en norma, como afirmaba EXNER. (v.pág.241 de este trabajo).

b-2) Referencia a la subjetividad.

La cuestión deviene no obstante altamente compleja si se piensa como se vió, que el esfuerzo adecuado por el trabajador de su capacidad productiva no es sino reflejo del grado o intenu

sidad media que en los términos expuestos debe caracterizar y conformar su diligencia, cuando esta se examina ahora bajo el ángulo de la propia individualidad o personalidad del trabajador, y además como criterio de aplicación teniendo en cuenta las características del su-- puesto en concreto.

Sin duda el empresario no puede exigir del trabajador más que aquello que se corresponda con su aptitud y capacidad (1), por lo que debe tenerse en cuenta el hecho de que, aquellos trabajadores que realicen iguales o semejantes trabajos no vienen necesariamente obligados a desarrollar su prestación en términos idénticos (2).

De lo expuesto, y en consideración a la individualidad del trabajador puede resultarse --bajo las circunstancias y presupuestos que se exami-- nan a continuación-- un "margen hacia abajo" -- que opera en su favor, en relación a lo que de manera normal y habitual, puede ser esperado y exigido. El rendimiento del trabajador deviene ahora inferior, a lo exigible objetivamente con carácter general.

(1) v.DIEGUEZ CUERVO.RPS.cit.pág.76.HUECK/NIPPERDEY I.ob.cit.pág.229; NIKISCH.I.ob.cit.pág.301.

(2) NIKISCH.I.ob.cit.pág.300.

El hecho determinante de que el rendimiento del trabajador quede ahora por debajo de lo objetivamente exigible con carácter general viene propiciado o favorecido como se sabe, por la propia naturaleza de tracto sucesivo que caracteriza a la prestación de servicios, unida a la consideración de que el trabajador no es una máquina a la que se le pueda exigir un rendimiento constante sino por el contrario un ser humano sujeto a las debilidades y fluctuaciones propias de su condición (1). El esfuerzo y la intensidad adecuada, debe ser mantenida en la medida de lo posible, lo que no ocurre en la práctica en todos y cada uno de los momentos en los que se desenvuelve y transcurre la dinámica de la relación de trabajo, pues debe siempre contarse desde su inicio con que el trabajador en el desarrollo de su prestación puede verse afectado de altibajos en su capacidad y fuerza productiva, lo que puede producir oscilaciones o fluctuaciones en su rendimiento que pasajeramente (2) queden por debajo del nivel normal o habitual. Y es -- aquí donde encuentra su aplicación y sentido una de las características de la remuneración a tiempo como se vió: la de que el trabajador en tales sistemas retributivos, cuenta por anticipado con una remuneración fija, que se mantiene constante, independientemente de que su rendimiento se vea ahora aminorado a causa de aquellas oscilaciones o fluctuaciones (3).

- (1) El rendimiento, como indica DIEGUEZ CUERVO es "un índice de diligencia particular de todo el que -- presta trabajo; de significación subjetiva, por tanto, y como tal, esencialmente fluctuante", lo que va contra la naturaleza esencialmente objetiva del rendimiento. (RPS cit.págs.76-77).
- (2) Se prescinde aquí de los supuestos en que el trabajador se ve afectado de ineptitud originaria o sobrevenida; si las oscilaciones no fueron pasajeras o si siéndolo se produjeron con alta frecuencia.
- (3) La percepción de la cuantía salarial permanece, por cuanto se entiende sigue siendo proporcionada "al rendimiento y al esfuerzo" de que habla el art.5.1. del decreto 1960 21 septiembre (sobre la problemática planteada por este decreto entre salario y -- rendimiento. BORRAJO DACRUZ RPS nr.50 1961), por -- cuanto "dicha proporcionalidad o equivalencia está pensada para el promedio de la intensidad de la -- prestación del trabajador a lo largo de la duración de la relación laboral" (así HERNANDEZ MARTIN. Dieciseis Lecciones ob.cit.pág.84). Dudosa sin embargo se plantea la percepción íntegra del salario cuando en el contrato se haya estipulado expresamente un -- "mínimo de obra" al que se refiere el art.38 pf.1 inciso 2 LCTm que no es alcanzado por el trabajador. En tales supuestos podría producirse una reducción del salario a tiempo proporcional a la cantidad de obra realizada que ha quedado por debajo de ese mínimo expresamente fijado (v. ALONSO OLEA. Dieciseis Lecciones...ob.cit.pág.36), lo que parece concordar con el art. 10 de la Orden de 8 de mayo 1961 que -- desarrolla el Decreto anteriormente citado: "El trabajador retribuido por unidad de tiempo, para tener derecho a la percepción del salario hora individual, habrá de alcanzar el rendimiento mínimo ... En otro caso solamente recibirá el salario proporcional que corresponda al rendimiento que hubiese alcanzado...". Desde la perspectiva de la diligencia la cuestión -- estará en preguntarse hasta que punto el mínimo de obra fijado se corresponde y coincide con el rendimiento mínimo de que habla el precepto, y en qué me-

did opera la reducción proporcional del salario, todo lo que cobra mayor relevancia en cuanto que el propio art.10 citado determina la suspensión de la rebaja proporcional del salario, cuando "la alta de rendimiento tenga su origen en hechos ajenos a la voluntad del trabajador". Prescindiendo - de los supuestos que podrían dar lugar al despido en los que parece no hay posibilidad de una rebaja proporcional del salario (v.BAYON CHACON. La nueva regulación de los salarios en España. Madrid 1961, págs.68-69); el aquí objeto directo de nuestro interés, es aquel de si en base a las oscilaciones o fluctuaciones de la intensidad empleada por el - trabajador en los términos vistos, el hecho de quedar por debajo del mínimo de obra expresamente estipulado es indicativo de que no ha trabajado diligentemente, o, en los términos del art.10 visto, es un hecho que no se puede considerar ajeno a la voluntad del trabajador, lo que consecuentemente determina una reducción proporcional de su salario.

Sin duda no debe considerarse desacertado el pensar que el mínimo de obra fijado contractualmente constituye un "mínimo de actividad" (así lo denomina ALONSO OLEA ob.cit. pág.36), que es efectivamente el -- "mínimo exigible en sentido estricto", con lo que -- no hay lugar a la posibilidad de que se produzca un "margen hacia abajo" en base a las oscilaciones o -- fluctuaciones del trabajador. El margen hacia abajo coincidiría con el mínimo de obra fijado contractualmente. En tales términos podría ser pensable una reducción proporcional del salario, de quedar el trabajador, en base a una fluctuación de su rendimiento por debajo del mínimo en atención a la asunción inicial de la culpabilidad al tiempo de la contratación (todo lo que no es sino indicativo del papel relevante que el contrato juega en la determinación de la diligencia exigible).

En este sentido el "mínimo de obra" fijado de manera expresa en el contrato al que se refiere el art. 38.1.2.LCT, produciría -se ha dicho- una modificación o variante en el sentido de que "los mecanismos contenidos en la LCT, correctores del incumplimiento del trabajador habrá que referirlos al mínimo convenido expresamente en lugar de al que venga obligado el trabajador por costumbre" (así HERNANDEZ MARTIN ob.cit.p'ag.84).

La cuestión se complica sin embargo si se piensa -
que el "mínimo de obra" no se puede exceder del --
rendimiento normal de un trabajador apto (ALONSO -
OLEA ob.cit.págs.36-37). Como, según se dice, no -
puede ser mayor, se abren únicamente dos posibili-
dades: que sea igual o menor.

Si el "mínimo de obra" se hace coincidir con el rendi-
miento normal de un trabajador apto, cuando el míni-
mo no se alcance en base a las oscilaciones o fluc-
tuaciones en los términos vistos, no habrá lugar a
la posibilidad de una reducción proporcional del sa-
lario, según la cantidad de obra realizada por deba-
jo del mínimo, por cuanto, y conforme al art.10 de
la Orden 8 de mayo 1961, la falta de rendimiento --
tiene su origen en hechos ajenos a la voluntad del
trabajador. Pero, es que ni siquiera puede conside-
rarse que haya "una falta de rendimiento": el traba-
jador "alcanza el rendimiento mínimo" que exige el
mencionado precepto, por lo que se hace ya irrele-
vante razonar sobre si debe percibir o no la tota-
lidad del salario; y esto porque el rendimiento nor-
mal de un trabajador apto que es "ahora" el "mínimo
de obra" estipulado, lleva en sí implícito oscila--
ciones o fluctuaciones en la capacidad productiva
del trabajador ("margen hacia abajo"), que no influ-
yen en el hecho de que el trabajador reciba el mon-
tante total de su salario.

El "mínimo de obra" fijado expresamente, no es mí-
nimo de obra "real" exigible al trabajador. Hay por
así decirlo un "mínimo del mínimo de obra" cuyo lí-
mite lo constituye el propio ámbito de extensión -
del margen "hacia abajo".

Por consiguiente la reducción proporcional del sala-
rio, sólo podrá operar en el segundo supuesto ya in-
dicado, cuando el mínimo de obra expresamente fijado
en el contrato al que se refiere el art.38.1 último
inciso LCT, pueda considerarse menor a aquel refle-
jo del rendimiento normal de un trabajador apto. --
Cuando se puede decir o afirmar que opera o no la
conciencia entre mínimo de obra y rendimiento normal
de un trabajador apto, se deja deducir con relati-
va facilidad en atención a la propia realidad de la
praxis laboral. Se haya fijado expresamente el mí-
nimo de obra que se quiera, la práctica demostrará
que cuando la generalidad de los trabajadores no lo

alcanzan o lo alcanzan mediante un desproporcionado esfuerzo se estará por encima del rendimiento normal de un trabajador apto. Si lo alcanzan, pero con las oscilaciones propias de la ejecución continuada y duradera que caracteriza a la relación de trabajo, estaremos ante el rendimiento normal de un trabajador apto con sus fluctuaciones características (margen hacia abajo). Si se alcanza sin altibajos por la generalidad de los trabajadores, el mínimo de obra fijado estará por debajo del rendimiento normal de un trabajador apto. Como fácilmente se puede deducir de lo expuesto, se quiera o no, la última palabra la tiene la costumbre laboral, lo que de por sí supone el hecho real de que los trabajadores tienen el protagonismo principal en la fijación de los rendimientos.

b-2-b) El "margen hacia arriba".

Si bien el margen hacia abajo del que se habla no presenta por regla general mayores complicaciones de las expuestas, no ocurre así sin embargo, cuando la situación, y asimismo en atención a la personalidad del trabajador, se presenta en sentido inverso, por cuanto se entremezclan de forma complejísima la objetividad y la subjetividad de la diligencia. Si la aptitud y capacidad del trabajador sobrepasa lo exigido como norma general, ¿le obliga "su" diligencia a prestar un rendimiento superior al normal, o bien, y porque su diligencia no es debida hasta tal punto, viene únicamente obligado el trabajador a prestar el rendimiento común a la generalidad de los trabajadores aún pudiendo conseguir una mayor?.

La cuestión planteada en los términos de que venimos haciendo uso, no es otra, que la de pregun

tarse si el margen "hacia abajo" en favor del -
trabajador reviste un margen "hacia arriba" en
favor del empresario. Sin duda la respuesta que
se da en torno a aceptar o no el margen hacia -
arriba en favor del empresario (1), así como su
correcto enjuiciamiento, debe ir precedido de un
examen de la diligencia debida, que no se olvide,
es una noción permanentemente revisable, caso por
caso, contrato por contrato, y, lo que es de todo
punto relevante, manifestación por manifestación
concreta de la diligencia en la práctica.

La respuesta, y en estrecha conexión con lo anter
rior, se hace asimismo depender del alcance que
se le quiera conceder a una verdadera contemplac
ción y proyección de la personalidad del trabajad
dor en la relación de trabajo, así como del sign
ificado con que se interprete el hecho de que -
los contratos obligan "no sólo al cumplimiento -
de lo expresamente pactado, sino también a todas
las consecuencias que, según su naturaleza, sean
conformes a la buena fe". (art.1258 CC). Así, se
puede pensar que a lo que contractualmente se --
obliga el trabajador es al empleo de "un" esfuerz
o o intensidad de grado medio, de lo que correl
ativamente se resulta un grado de satisfactoried
dad en la ejecución de su trabajo, asimismo de niv
el medio al igual que la generalidad de sus comp
pañeros de trabajo. De lo contrario estaría el --
trabajador observando un rendimiento en favor de
su empresario que sería mayor al contractualmente
convenido, que por lo demás -y en atención al siste

tema remunerario en el que el trabajador ejecuta su prestación no produciría retribución adicional alguna.

Pero se puede asimismo pensar que a lo que contractualmente se obliga el trabajador es a la observancia de aquella diligencia, conforme a la "especialidad habitual del trabajo" y según "sus" "facultades y peculiaridades" (art.60 LCT), y por tanto al empleo de "su" esfuerzo o intensidad (2), que no será ya la medida atañente a la generalidad de sus compañeros de trabajo sino la correspondiente a sus compañeros de trabajo de iguales o semejantes aptitudes o cualidades, y que en consecuencia -potenciando su colaboración en la empresa y buena marcha en la producción- refleja lo que conforme a la buena fe ha sido contractualmente convenido. Lo que en principio estimamos como más acertado en base a considerar la real aptitud y capacidad del trabajador como presupuesto de su efectiva diligencia debida, lo que coincide con la medida exigible de esta que con carácter general ha sido propugnada (3) (4).

El verdadero obstáculo a la interpretación de la diligencia debida que aquí se propugna, se sustancia en base a considerar los propios términos en que se mueve la valoración económica de la actividad que realiza el trabajador, lo que en términos salariales significa el preguntarse, si la remuneración fija, característica de la retribución a tiempo opera en términos absolutos, es decir, si a pesar del sistema retributivo que ahora

se contempla, haya que "pagarle más" al trabajador que "produce más" que sus restantes compañeros de trabajo, o bien no ocurriendo así (5), - no viene el trabajador obligado a emplear aquel esfuerzo e intensidad en su trabajo mayor al exigido con carácter normal, aunque efectivamente - pueda, por cuanto que en definitiva no se le remunera.

Se piensa lo contrario, por mantenerse que cada trabajador viene obligado a trabajar según su - personal aptitud y capacidad, así -y en base al sistema retributivo que ahora se contempla- percibirían los trabajadores la misma remuneración, no obstante obtener rendimientos diferentes (6). De esta manera, quedaría el contrato de trabajo distante de su pretendida y perseguida función de cambio: la equidad y equivalencia entre prestación y contraprestación (7), lo que por otra parte no se dejaría entender del todo con la virtualidad del principio que reclama igualdad de trato para los trabajadores (8).

Argumentaciones tales pueden dificultar en mayor o menor grado según los casos, el hecho de que - el trabajador venga obligado a la observancia de su diligencia subjetiva personal, cuando esta sea mayor de lo normal, y sin embargo no refleje ni conlleve a una mayor remuneración; todo lo que - en nuestra opinión debe ser enjuiciado y valorado atendiendo a las diversas manifestaciones con que la diligencia se proyecta de manera concreta

en la relación de trabajo (9), y al hecho, estrechamente ligado con lo anterior, de que en el fondo el verdadero problema a resolver es el que atañe a la estricta y justa valoración económica del trabajo, no sin embargo el relativo al de la intensidad y esfuerzo exigible al trabajador.

Y en este sentido, puede en efecto ocurrir que se destruya la equivalencia entre prestación y contraprestación, en base a considerar que esa concreta manifestación de la diligencia, como presupuesto de una aptitud y capacidad del trabajador mayor a lo normal, debe tener asimismo una mayor valoración económica por cuanto de lo contrario se estaría yendo contra una interpretación -- "a contrario sensu" del principio de la "consideración igual de los iguales", en el sentido de que "no debe considerarse igualmente a aquellos que son desiguales..., a quienes se muestran diferenciados en cuanto a su rendimiento, capacidad, aptitud etc, con inequívoca repercusión de estas particularidades en la prestación de servicios" -- (10).

Bajo tales consideraciones, el núcleo del problema estribaría en determinar cuando un tratamiento diferenciado en cuanto a remuneración salarial venga justificado, lo que en el ámbito laboral (11) -- es extremadamente difícil de dilucidar, tanto más, si en el complejo ámbito de las diversas manifestaciones de la diligencia, se trata de indagar hasta qué punto el comportamiento diferente de un trabajador (12) -- en base a sus especiales aptitudes o cualidades, con incidencia de alguna manera

en una prestación "más perfecta" o "mejor" que - la que consiguen sus compañeros de trabajo de aptitudes y facultades normales (13) -proporciona el fundamento jurídico, para que, y en base a razones de justicia y equidad, pueda ser reclamada una más alta remuneración, con poder incluso para dejar sin efecto la libertad contractual que dentro de las normas de derecho necesario le asiste al empresario (14).

Como ya con anterioridad se indicaba, la esencia de la problemática transcurre por consiguiente en el sentido de determinar en qué supuestos cuando el trabajador "puede más" que el resto de sus compañeros de trabajo, tenga correlativamente que "recibir más", no sin embargo y directamente en aquel otro, objeto directamente de nuestro interés, que en el fondo niegue el hecho de que pudiendo el - trabajador debe la prestación con una altura mayor al resto de sus compañeros de trabajo.

No es en sí un problema de determinación de la diligencia debida, sino más bien aquel otro de estimación o valoración económica, agravado por el hecho de falta de regulación legal para tales supuestos. La cuestión se desplaza por consiguiente no tanto a estimar que sea lo debido de la diligencia, ni por consiguiente a discutir o poner en duda el hecho de que el trabajador deba aplicar - "su" esfuerzo e intensidad, incluso cuando este sea mayor a lo normal, como a aquel otro tendente a averiguar en qué situaciones debe ser abandona-

do el rígido mecanismo del salario a tiempo, para pasar a una mayor remuneración en base a un "tratamiento desigual a los desiguales" (15).

Llegados a este punto se sustancia el problema en su fase final en lo relativo a determinar, - cuando pueda estar justificada la actitud o el comportamiento del trabajador, que no trabaja - con el esfuerzo o intensidad (16) adecuados a - su aptitud y capacidad, porque se piense a aquel, merecedor de una mayor retribución en base a la "desigualdad" con sus compañeros de trabajo.

El traer a un primer plano el principio del rendimiento incluso en trabajos remunerados a tiempo supone potenciar una rígida equivalencia entre prestación y contraprestación que debilita en cierta manera la aplicación del principio de la libertad contractual del Derecho Común (art.1255 CC), a la relación de trabajo (17). Si el trabajador debe cumplir el contrato de buena fe aplicando a la especialidad habitual del trabajo objeto del contrato su personal aptitud y capacidad, el empresario, por su parte, debe remunerar esta de manera adecuada cuando sea superior a la normal. Y en este punto donde debe quedar restringida la libertad contractual del empresario tendente a una arbitraria fijación del salario (18). - De esta manera, cuando el salario fijado por el empresario no se adecúe a lo efectivamente aportado por el trabajador a la producción, es cuando este puede ver justificada su conducta en derecho ajustando la medida o extensión de su prestación conforme al salario recibido. Bajo estas - circunstancias puede no serle reprochado al traba

jador el adecuar la altura de su prestación a la contraprestación que por la misma recibe (19).

La negligencia del trabajador se hará depender por consiguiente en tales supuestos, del espacio de acción que se le conceda a la libertad contractual del empresario con arreglo a la normativa general del Derecho Común (art.1255 CC), del campo de actuación que asimismo se le conceda a la justificación de un tratamiento desigual a los desiguales, así como del exámen de la manifestación material de la diligencia, de la propia entidad y carácter del rendimiento, en que cristalice esa mayor aptitud, capacidad o habilidad que posee el trabajador.

Mientras no se ponga en funcionamiento la nueva y justificada valoración económica que compense esa mayor actividad del trabajador, la diligencia debida, entendida en los términos en que la venimos concibiendo, podrá quedar "retenida" o "congelada", es decir, "negada" en su aplicación al caso concreto, porque la inequitativa altura de la remuneración salarial, la hace ahora inexigible en el caso concreto, pero no negada en su raíz como principio de aplicación general (20).

(1) Cuestión sobre la que se volverá al examinar la problemática paralela en los trabajos remunerados a resultado.

(2) De no olvidar es que el trabajador al que se viene haciendo referencia, posee una aptitud y capacidad superior a la normal. Ocurriendo que en estos supuestos puede el trabajador "más" de lo normal. Este "poder más" entra dentro de "su esfuerzo adecuado"; su intensidad debida no es por tanto una "media" en contraste con la generalidad de los trabajadores; es sin embargo medio "para sí mismo" o sea intermedia -tomando las palabras de ALONSO OLEA- entre "su" mera holganza y su extenuación física.

(3) v. págs. 222y ss. de este trabajo.

(4) CAPLOW en su Sociología del Trabajo, recogiendo las experiencias llevadas a cabo en la Western Electric señala que los trabajadores conocían de manera inequívoca que rendimiento productivo debía obtenerse por un día de trabajo, no permitiéndose un rendimiento más alto o superior a aquel trabajador que podía darlo que quedaba así calificado de "esquirol". Inversamente tampoco era tolerado un rendimiento inferior a aquel que se consideraba "justo" para un día de trabajo, pues aquel trabajador no era uno tal, sino "un granuja que esta admitiendo remuneración -por un trabajo no efectuado", (el supuesto es también recogido y comentado por M.FAGOAGA RPS.n.70. 1966.pág.84). Por su importancia, es de resaltar en este supuesto que recoge CAPLOW (por lo demás de -- gran frecuencia práctica), de un lado, que el control que ejercen los propios trabajadores sobre el esfuerzo e intensidad a emplear viene siempre o cuando menos por norma general sustanciado en atención a aquella manifestación de la diligencia que refleja en primer término el rendimiento cualitativo, o si se quiere la productividad en sentido puro y clásico, del trabajador. Del otro el hecho de que no se menciona, o no parece tenerse en cuenta las propias aptitudes y capacidad del trabajador, considerado, ora "esquirol", ora "granjua", pues en principio -se volverá sobre esto de inmediato- el "esquirol" se es fuerza más de lo que debe o puede, y el "granjua" se esfuerza menos de lo que debe o puede también.

Podría así pensarse, cuando menos en principio o por norma general, que el control del rendimiento por -

los trabajadores, tendente a que este ni se "rebase" ni se "aminore", sino que se "mantenga" contemplada en primer término a un trabajador (o a una colectividad de trabajadores) de aptitud, capacidad, habilidad y facultades "normales" semejantes a la generalidad de los trabajadores, que por lo mismo no lo hace respecto del trabajador individual, por lo que puede pensarse que aquel control no sólo no va o ataca a la subjetividad de la diligencia sino que incluso la apoya en los términos que ahora se exponen.

Algunos sectores doctrinales han negado la posibilidad de aplicación de la diligencia subjetiva en base al sentimiento o conciencia comunitaria de los trabajadores al que se refiere ALONSO OLEA (v. RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit. pág.164 con referencia al citado autor): "...los trabajadores conocen perfectamente cuando alguno de ellos está incumpliendo la norma acostumbrada por exceso o por defecto, y pueden aplicar y aplican ellos mismos sanciones sociales informales (ostracismo, apelaciones despectivas o insultantes, en casos extremos violencia física) al que incumple, independientes y en ocasiones más severas que las autorizadas legalmente al empresario". (Derecho...ob.cit.pág.143).

No creemos que los términos en los que se expresa - el citado autor, puedan ser interpretados como sin embargo se ha hecho, rígidamente en el sentido de - negar virtualidad a la diligencia subjetiva. Lo que ALONSO OLEA hace, es poner de manifiesto la fuerza de la costumbre como mecanismo interpretativo del empleo de una determinada intensidad en el trabajo que los propios trabajadores consideran socialmente como "debida". Es un "Rechtsgefühl", que expresa como dice el autor, "la noción de que algo es debido y de que a ello se deben acomodar las conductas aún sin norma escrita" (ob.cit.pág.cit.).

Sin duda los trabajadores conocen la intensidad -- acostumbrada debida. Las "sanciones sociales informales" que los mismos aplican a aquel trabajador - "que está incumpliendo la norma acostumbrada por defecto" sólo pueden ir referidas en buena lógica, o cuando menos en la generalidad de los casos, bajo presupuestos prácticos normales a aquel trabajador

que "pudiendo" (es decir de semejante aptitud y capacidad), no observa sin embargo la intensidad debida acostumbrada (aquí estará "el granuja" de que hablaba CAPLOW, no sin embargo a aquel que "no pudiendo" (por las circunstancias que sean, porque - su aptitud y capacidad es menor que la de sus compañeros de trabajo, porque siendo igual, se encuentra pasajeramente en una situación de debilidad física o psíquica etc.) no la puede observar. (¿podría ser tachado este trabajador de "granutja"?).

De otra parte aquellas sanciones de los trabajadores aplicadas a aquel trabajador que "está incumpliendo la norma acostumbrada por exceso", sólo puede venir también en buena lógica referida a aquel trabajador de semejante aptitud y capacidad que sus restantes compañeros de trabajo, que sin embargo no trabajan con un "esfuerzo adecuado" (adecuado a su biología-normal-y a su capacidad intelectual laboral-normal también- por lo tanto reflejo de una intensidad media o acostumbrada que es la que emplean sus compañeros de trabajo), sino "exagerado", que tiende a - reflejar no la intensidad "media", sino más bien causante en mayor o menor grado de su extenuación o agotamiento físico, o de algún tipo de daño a su salud, precisamente por trabajar con mayor esfuerzo o inintensidad de lo que su "biología" (aptitud y capacidad) le permitirían. Es este trabajador el que es objeto de recriminaciones, llamadas al orden o apelaciones despectivas o insultantes, por cuanto que poseyendo igual capacidad y aptitud al resto de sus compañeros de trabajo, se "esfuerza de tal manera" o "se esmera de tal modo", o hace las cosas "tan bien, tan ordenadas o tan satisfactorias", que causa el recelo o - resentimiento de los otros, por cuanto este trabajador aún siendo igual a los otros, "lleva no obstante el nivel", lo que eventualmente podría llevar a enfrentamientos con el empresario en cuanto a la intensidad debida en el trabajo, si este se pusiera a "comparar"; o cuando menos habrían de oír los trabajadores -hecho siempre molesto- "recomendaciones" tales como: "esmérese usted más, pues ya ve con que diligencia trabaja Fulano a pesar de no ser nada especial" (Este trabajador -Fulano- sería el "esquirol" de que habla CAPLOW).

Por último las sanciones sociales informales, no parece tampoco en buena lógica que hagan acto de aparición respecto de aquel trabajador de aptitud y capacidad superior al resto de sus compañeros de trabajo "que incumple la norma acostumbrada por exceso" por conseguir un rendimiento superior a aquellos; que --

incluso en la práctica laboral llega a constituirse en jefe o líder "informal" de los mismos, aconsejándoles sobre la manera de realizar el trabajo o conducta general en la empresa, sobre el mejor modo que procede en defensa de sus intereses etc. - - (¿Podría ser tachado este trabajador de "esquirol"?). Piénsese que frente al eventual resentimiento de los trabajadores contra este de mayor aptitud y capacidad, también podría argumentarse el que estos piensan: "bueno si él puede y quiere trabajar más y mejor, aún cobrando lo mismo que nosotros es asunto suyo...".

Inversamente, sí pueden tener lugar las sanciones sociales informales, caso de que el trabajador superdotado no aplique "su" esfuerzo, quedándose en el acostumbrado por sus compañeros de trabajo. ¿Qué pensarían o como reaccionarían estos, de aquel, que poseyendo gran vigor y fuerza física, "no se esfuerza" sin embargo conforme a lo que él podría, o de aquel que poseyendo gran experiencia en el oficio, por indolencia (porque hubiese podido evitarlo según su aptitud y capacidad), provoca descuidos, fallos u ocasiona daños, que hubiera podido evitar con el adecuado empleo de su capacidad y habilidad profesional? Pero es que además, en tales supuestos las sanciones informales, surgen porque efectivamente este trabajador "está incumpliendo la norma acostumbrada por defecto"; no la acostumbrada de la generalidad normal de los trabajadores, sino la acostumbrada de los trabajadores de sus mismas aptitudes y cualidades. (La sanción social informal surgiría automáticamente en el supuesto de que los trabajadores de capacidad y aptitud normal, y de este de superior aptitud, hubiese además otros u otros iguales a este último). Lo que es indudable es el hecho de que es innato al espíritu humano, el deseo de hacer las cosas bien; -- "lo mejor posible": ¿Se tendría que seguir afirmando que este trabajador es un esquirol o habría que decir por contra que es un "granuja"? Con esto hemos tratado de dar nuestro personal juicio e interpretación sobre las consideraciones ya clásicas en nuestro Derecho del Trabajo de ALONSO OLEA sobre el rendimiento debido como reflejo de la conciencia colectiva o comunitaria de los trabajadores que, como se expuso, no se cree que lleve a negar la subjetividad de la diligencia, sino que por el contrario puede decirse que en cierto modo y en los términos expuestos, viene aquella afirmada.

- (5) Por cuanto un sistema retributivo de tal naturaleza, no refleja en los términos vistos, el mayor o menor rendimiento del trabajador, y por lo tanto, tampoco el "margen hacia arriba" o "hacia abajo" de que aquí se trata.
- (6) Señala BAYON-CAHCON que "mientras que la prestación salarial es un elemento fijo y conocido, su contraprestación laboral sólo es fija en cuanto al tiempo o duración, pero en múltiples ocasiones no lo es en cuanto a su inmediato valor económico (rendimiento). Así iguales salarios en trabajos iguales, pagan con frecuencia, resultados diferentes, incluso dentro de la misma empresa y sección o departamento de ella" - (En Dieciseis Lecciones sobre Salario..cit.pág.28).
- (7) v.WLOTZKE. RdA 1965.pág.188.
- (8) v.RODRIGUEZ BORBOLLA. ob.cit.pág.163.
- (9) En este sentido quedaría abierta una posibilidad mayor para negar la argumentación de que el trabajador remunerado a tiempo venga obligado a trabajar - conforme a su aptitud y capacidad, cuando esta sea mayor de la normalmente exigida y esperada en aquellas manifestaciones de la diligencia contemplada - fundamentalmente, desde su aspecto cuantitativo (referencia al rendimiento en sentido estricto o productividad del trabajador); siendo probablemente -- aquella posibilidad menor en aquellas otras que -- atienden a actuaciones o supuestos tales como la -- prevención de daños, cuidado, esmero, prudencia, colaboración en la realización del trabajo etc. La -- cuestión deviene todavía más compleja si se tiene -- en cuenta la conexión de estas dos perspectivas o aspectos generales de la diligencia en la vida laboral práctica. Piénsese en la exigencia laboral a un dependiente de comercio remunerado a tiempo del empleo de una mayor amabilidad, simpatía o poder de captación del cliente, porque es de todos conocido que puede hacerlo, por poseer estas cualidades en grado superior al resto de sus compañeros de trabajo, todo

lo que sin duda repercute en su mayor productividad, puesto que en buena lógica venderá más artículos, - que si estas cualidades especiales no le asistieran.

- (10) Así J.E. BLANCO (RPS nr.74 1967 pág.90), quién recuerda el tópico de que "no hay mayor desigualdad que la del trato igual a los desiguales".
- (11) Todo lo que pone de relieve BLANCO: "Y es que no se trata sólo, para una recta aplicación del principio de consideración igual, de determinar que, efectivamente, se da una igualdad "laboral" entre dos sujetos, sino que también ha de extenderse dicha igualdad a las circunstancias que concurren. Empero sería absurdo pretender equiparar esta igualdad a una identificación absoluta, ya que ello equivaldría a que - jamás pudiese practicarse la igualdad de estimación laboral (como de hecho sucede y es lícito que suceda en muchos casos), ya que es obvio que "no hay dos -- hombres iguales". Al llevar a ultranza esta radical y desorbitada concepción del principio de la consideración igual subordinado a la identidad absoluta nos conduciría a la forzosa aplicación, en todo caso, de su correlativo del trato desigual a los desiguales: nunca podríamos encontrar dos salarios idénticos" ob.cit.pág.91).
- (12) Sin olvidar -para la incidencia en el tratamiento - igual o desigual- el hecho de que "no existe igualdad abstracta en el comportamiento humano, individualizado siempre por un sinfín de circunstancias - peculiares" (B.CREMADES. RPS.n.83.1969.pág.19).
- (13) Cuando tal hecho es evidente, y no es gratuito el - que se diga, evidente va a ser asimismo el reproche de un tratamiento igual por injusto; pero cuando tal hecho no es evidente, o cuando menos no lo es de manera clara e inequívoca, tampoco lo debe ser el reproche de la injusticia a un tratamiento igual. Por otra parte el enjuiciamiento que el trabajador puede hacer de su propia situación, no está exento tam

poco de problemas. Desde una perspectiva global o colectiva de los rendimientos exigibles a los trabajadores, "todos los trabajadores tienen ideas - muy precisas...de cuál es el rendimiento que deben prestar y cuál es la contraprestación "justa" del salario que reciben" (ALONSO OLEA. La Empresa.. ob.cit.pág.93), añadiendo el autor en el hueco dejado por nosotros con puntos suspensivos: "muy di fusas a la vez". Desde un perspectiva individual - la córrelación entre rendimiento debido y equitati va remuneración, es, si cabe, todavía más difusa. Si la "mejor prestación" que mueve al trabajador a reclamar al empresario una mayor remuneración no es "inequívoca" o "evidente", puede producir él efecto contrario al querido y que aquí se trata de comba--tir: caso de prosperar la reclamación, se produci--ría un malestar colectivo por cuanto los restantes compañeros de trabajo, se verían "injustamente" dis criminados (sobre esto v. BLANCO y CREMADES ambos en ob.y págs.cit.).

- (14) Sobre las relaciones e influencias recíprocas entre el tratamiento igual en la empresa y la libertad con tractual del empresario v.B.CREMADES (ob.cit.págs. 17 y ss.), quién señala la diferencia de rigidez -- existente en nuestro ordenamiento en el campo admi nistrativo y en el laboral. "El titular de la Empre sa laboral, por el contrario, (a lo que sucede en - la esfera administrativa) no está obligado al trato igual, pero le está prohibido el tratamiento injus tamente desigual" (pág.19 nota nr.11. v.asimismo - - págs.30-31).
- (15) El problema, expresado en términos salariales, está por tanto en determinar cuando puede considerarse - adecuada una remuneración adicional al salario a -- tiempo, así como la manera o el modo en que la misma debe ser establecida, dificultad que aumenta a medida que una tal valoración se separa de su aspecto cuan titativo y se adentra en el cualitativo al contemplar las características personales del trabajador.
- (16) Uno de cuyos componentes fundamentales lo constitu--ye sin duda la existencia de remuneración equitati va.

va y justa. De no existir un "Leistungsgerechtelehn", la fuerza de voluntad del trabajador, el esmero y la escrupulosidad en la ejecución de su trabajo, reacciona de forma negativa, todo lo que repercute en su intensidad y esfuerzo (en este sentido v.0. LIPMANN ob.cit.págs.35 y ss.)

(17) En este sentido v. B.CREMADES cit.p'ag.31.

(18) Pues debe considerarse que esta, "ni puede abandonarse en absoluto a la libre competencia, ni es lícito que la determine el arbitrio de los poderosos, sino que en esta materia deben observarse las normas de justicia y equidad. Esto exige que se de al trabajador un salario tal... (que en otras circunstancias debe atender) ante todo a la efectiva aportación de cada uno a la producción económica" (M.M. nr.71, citado por GONZALEZ MORALEJO en La Empresa.. ob.cit.pág.25). Problema que va paulatinamente aminiorándose o desapareciendo a medida que el salario a tiempo va encontrando fórmulas para remunerar -- aquel mayor rendimiento o aquellas especiales características del trabajador, sin que por ello pierda su caracter (sobre esto v. BUEHRS. Leistungslohn.. ob.cit.págs.22 y 31 y ss; KOSIOL. Leistungsgerechte Entlohnung ob.cit.págs.65 y ss.; MAUCHEN ob.cit. - págs.10 y ss.; SCHNELLINGER F. ob.cit.págs.59 y ss.)

(19) Sobre la libertad del trabajador de conformar su - prestación conforme a la remuneración que recibe, así como la incidencia que esto tiene en la esfera de la potestad empresarial v.ALONSO OLEA, en La Empresa - ob.cit.págs.94-95).

(20) Y es en tales supuestos donde debe ser estimado si surge un tratamiento injusto por igual del trabajador con sus restantes compañeros de trabajo. Un juicio de valoración tan delicado debe quedar en manos de los tribunales, quienes de esta manera "habrán - de entender sobre circunstancias complejísimas de valoración de trabajo, rendimiento, aptitud,etc.,para decidir si la discriminación en litigio es arbitraria o fundada" (BLANCO ob.cit.pág.91).

C. Remuneración a tiempo como remuneración a rendimiento.

Recogiendo la esencia de las consideraciones anteriormente expuestas, puede afirmarse, que en los sistemas de remuneración salarial a tiempo se espera y exige del trabajador un cierto esfuerzo e intensidad, una actuación diligente en definitiva, no dejada a su mero arbitrio, y consiguientemente la consecución de un determinado rendimiento en su trabajo que debe corresponderse con la remuneración asignada (1). De esta manera, y según ya se indicaba, el salario a tiempo, representa como cualquier otro salario, el contravalor o equivalente de un rendimiento, con lo que en definitiva se puede hablar bajo estas perspectivas de un salario a rendimiento. Como pone de relieve la Doctrina, no co--rresponde a la realidad de la praxis laboral (2) - la afirmación o argumentación de que "el salario por tiempo se valora sólo en razón del mismo y sin atender al rendimiento" (3).

La consideración al rendimiento está siempre presente y vigente también en los trabajos remunerados a tiempo (4), no sólo cuando en el contrato, "expresamente se estipule un mínimo de obra" (art.38 pf.1 inciso 2 LCT) (5), sino también aún cuando aquel no diga nada a este respecto, pese a la dicción legal del pf.1 inciso 1 del art.38 LCT (6), pues es evidente que la referencia a la intensidad media debida de la que se habló desde su perspectiva general, así como el juego de los márgenes "hacia arriba" y

"hacia abajo", aquel, reflejo, como se vió, de la intensidad y el esfuerzo exigible subjetivamente - al trabajador, todo ello bajo el crisol tan práctico como real de la costumbre sobre la "especialidad habitual" (art.60 LCT) que se contrata, son argumentos, si no perfectos, sí cuando menos suficientes para poder delimitar en grado aceptable la extensión y límites de la prestación de servicios, - por lo que, y bajo tales consideraciones, se puede señalar que el trabajo por unidad de tiempo del -- art.38 pf.1 inciso 1 LCT, refleja, al igual que el inciso 2 del mismo precepto y párrafo, un mínimo de obra contenido en el contrato, bien que de manera - tácita y no expresa.

- (1) El carácter de salario a rendimiento, que cada vez más insistentemente adquiere el salario a tiempo, conlleva al establecimiento de remuneraciones adicionales, lo que de alguna manera tiende a aminorar, el problema visto en torno a negar o no la exigibilidad al trabajador del empleo de su diligencia subjetiva personal, por considerar que si este puede efectivamente "más" que sus compañeros de trabajo, debe correlativamente recibir mayor remunera--ción que estos.
- (2) Pues del lado de la organización empresarial, los capataces y jefes de sección de las empresas saben - o conocen lo que sus trabajadores pueden rendir, y lo que en consecuencia puede serles exigido o lo -- que por el contrario no puede serles pedido, todo - lo que sabe y conoce también la propia empresa como tal, porque de lo contrario, si el rendimiento de - los trabajadores retribuidos a tiempo no fuese susceptible de localización y determinación, no podría comprenderse de manera satisfactoria como en la práctica de la misma empresa, podría dar por ejemplo, -

plazos de entrega de mercancías a su clientela, calcular por anticipado su volúmen productivo, así como sus costos etc. Por otra parte el hecho tantas veces referido de que los propios trabajadores "conocen" o incluso "determinan" el rendimiento, pone ya de manifiesto su "exigibilidad" en trabajos remunerados a tiempo.

- (3) Así BAYON CHACON (en Dieciseis Lecciones sobre Salarios...ob.cit.p'ag.27), quién señala además que la LCT "exige también un rendimiento mínimo para el trabajador por tiempo" (La nueva regulación...cit. pág.68 v.asimismo KOSIOL.Theorie...cita.pág.6 y -- SCHNELLINGER. ob.cit.págs.58 y 66).
- (4) En base al tenor de los arts.60 y 77 f) LCT, señala DIEGUEZ CUERVO, que "la exigencia de rendimiento es general y no depende para nada de los tipos salariales", pues "el rendimiento...implica en todo caso, una determinación de la prestación de trabajo, que, como tal, es de necesaria presencia en todo contrato laboral" (RPS cit.págs.74-75).
- (5) Lo que podría equivaler según ALONSO GARCIA, "a convertir el salario por unidad de tiempo en salario por tarea" (cit.por DIEGUEZ CUERVO en RPS, cit.pág. 65 quién en el mismo sentido habla de "salario por rendimiento fijo"; v.también PEREZ BOTIJA. El Contrato de Trabajo. Madrid.1954.págs. 134-135 y GONZALEZ ENCABO en Dieciseis Lecciones...ob.cit.pág. 74).
- (6) "En la retribución del trabajo por unidad de tiempo, sólo se atenderá a la duración del servicio, independientemente de la cantidad de obra realizada..." Señala GONZALEZ ENCABO, que "de fijarse "sólo" en el tiempo que el trabajador dedica a su trabajo se haría acreedor a la retribución por su presencia en el puesto de trabajo durante la jornada legal, tanto si aplicaba debidamente su actividad, como si no

lo hacía, y eso indudablemente ni lo ha querido ni lo quiere el legislador" (En Dieciseis Lecciones.. ob.cit. pág.73). De esta manera se estaría simplemente ante lo que en el derecho alemán se denomina un "Anwesenheitslohn" o "salario de por presencia" del trabajador en su puesto de trabajo (v. SCHNE-LLINGER.ob.cit.pág.57).

2. Diligencia en trabajos remunerados a réndimiento.

A. Salario por unidad de obra. El destajo.

a) Introducción.

Si bien la noción y el tratamiento jurídico del trabajo remunerado por unidad de obra ha ido evolucionando e incardinándose dentro de la noción más general de "trabajo con incentivo" (1), no constituye ahora este último propiamente el objeto de exámen, sino el salario por unidad de obra como forma retri**bu**tiva denominada de ordinario con el nombre de des**ta**jo (2); si bien este como a continuación va a ser examinado, vaya perdiendo su carácter estricto de - destajo en su sentido originario y tradicional para pasar en cierta manera a constituir una de las múltiples formas en que hoy en día se manifiesta el -- sistema mixto de remuneración a tiempo y a rendimien**to** todo lo que por lo demás, ha influido en una exi**gi**encia distinta al trabajador sobre la intensidad - y el esfuerzo debidos en la realización y desarrollo de su trabajo (3).

Cuestión a examinar la constituye portanto cuál sea la diligencia debida del trabajador en lo que hace referencia al esfuerzo e intensidad aplicables a - aquellos trabajos por unidad de obra, en los que -

"sólo se atenderá a la cantidad o calidad de la obra o trabajos realizados, pagándose por piezas, medidas, trozos o conjuntos determinados, independientemente del tiempo invertido", que por otra parte, y "en caso de haberse estipulado plazo para la conclusión del trabajo u obra, deberá terminarse dentro de él, pero no se podrá exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto" (4).

- (1) "En el que van incluidos -como indican FERNANDEZ - MARCOS/PALOMEQUE LOPEZ-, tanto los modernos sistemas de racionalización del trabajo, como las tareas, primas a la producción etc, que constituyen formas mixtas de salarios y no destajos puros..." (En Dieciseis Lecciones...ob.cit.págs. 106-107).
- (2) Aunque se puede hablar asimismo de destajos en los sistemas salariales mixtos, siendo entonces la referencia a aquellos en su forma pura (sobre esto cfr. ALONSO OLEA. Derecho...ob.cit. pág.160; RODRIGUEZ BORBOLLA. El salario...ob.cit.pág.106).
- (3) De indicar es que el objeto de estudio lo constituye estrictamente el exámen de la diligencia debida y consiguientemente, sólo de manera indirecta, -- aquel otro tendente a deshacer esa cierta imprecisión conceptual o terminológica existente en la -- normativa salarial, OOMM, y convenios colectivos, que no proporcionan una distinción clara y tajante sobre el régimen de destajo y el de salarios mixtos, cuestión en la que tampoco se muestra unánime nuestra doctrina (sobre las diversas acepciones doctrinales sobre el destajo v. RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cita.págs. 69 y ss y 106-107).

- (4) Art.38 pf.2. LCT v.asimismo los arts. 1 y 7.2 del Decreto 1844/1960 de 21 septiembre, así como los arts.21 y 22 de la OM 8 de mayo 1961 que desarrolla el citado decreto.

b) El inciso primero del pf.2 del art.38 LCT. El destajo "puro".

La estricta consideración del contenido del art.38 pf.2.inciso primero ahora objeto de exámen (1) - - ("sólo se atenderá a la cantidad de obra realizada... independientemente del tiempo invertido") hace referencia al sistema originario (2) del trabajo a destajo en sentido puro o estricto, a aquel - trabajo "no medido" -por cuanto no se estima o valora la relación proporcional existente entre la - producción alcanzada y el tiempo efectivo o total - que se ha necesitado para obtener aquella, lo que daría como resultado la fijación de un determinado rendimiento- (3), que por su propio carácter, concediendo una discrecionalidad tal a la intensidad y esfuerzo a emplear, traslada al trabajador el riesgo económico derivado de su falta de productividad, falta que va no sólo en el propio perjuicio del trabajador (disminución de sus ingresos económicos) si no también y asimismo en perjuicio del empresario - (producción insuficiente en términos económicos empresariales).

El factor tiempo, y por deseo expreso del legislador, carece así de relevancia alguna para la determinación de la retribución, pues se remunera al -- trabajador por piezas, medidas, trozos o conjuntos

determinados, para los que previamente ha sido fijado un determinado precio o valor (4).

Así, puramente considerado, supone el destajo una modalidad retributiva que atiende primordialmente al resultado en su sentido más estricto, por cuanto el aumento o disminución del salario vendrá de terminado por la cantidad o números de "unidades de obra" realizadas. Sin embargo, y esto es lo determinante al objeto exclusivo de nuestro interés, la productividad alcanzada por el trabajador, se hace depender exclusivamente del grado de diligencia que él voluntariamente (por tanto arbitraria o discrecionalmente) quiera emplear.

En puridad se está por tanto no ante una diligencia objetiva ni subjetiva, sino ante una "diligencia - discrecional". No se está ante una diligencia objetiva porque contemplando el destajo en los términos vistos, no existe una medida previa de rendimiento exigible con independencia de la propia voluntad del trabajador; ni tampoco ante una de carácter subjetivo, porque no se atiende en primer plano a lo que el trabajador realmente "pueda", sujetándolo en consecuencia a su diligencia personal posible, sino por contra a lo que el trabajador efectivamente "quiera", todo lo que imprime en la diligencia - la nota antes apuntada de la discrecionalidad (5). No existe por tanto en estos supuestos por no exigir lo la naturaleza de la obligación, una diligencia - "debida", ni objetiva, ni subjetiva, sino simplemente aquella, dependiente de la libre voluntad del - trabajador (6).

- (1) Exámen que pese a su casi inaplicabilidad hoy en día, como se verá, consideramos de interés para la profundización de lo debido de la diligencia en la relación de trabajo, por lo que se expone aquí, -- bien que de una manera breve.
- (2) Señala RUBIO RUIZ que el destajo en su origen supu so "una forma de que el empresario se desligara de la posibilidad de organizar la producción, dejando gra autonomía en este sentido al trabajador, a cam bio de garantizarse el resultado de la producción, sin preocuparse del tiempo invertido en su realiza ción" (En Dieciseis Lecciones...ob.cit.pág.179).
- (3) La diferencia entre trabajo "no medido" constituti vo del destajo en su sentido más puro, y el trabajo "medido" constitutivo del salario a rendimiento -- (entendido aquí como reflejo de los sistemas mix-- tos retributivos en sentido global de los que for man parte los destajos "impuros" o "impropios") ra dica con RODRIGUEZ BORBOLLA, en los métodos emplea dos para su implantación (ob.cit. pág.87; v.asimis mo su explicación y desarrollo en págs.81-82, en -- donde indica que para el destajo a que ahora se ha ce referencia, posee el trabajador "un amplio mar gen de autonomía para fijar los niveles producti-- vos".
- (4) v.RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit.pág.107. Señala RUBIO RUIZ que en sus orígenes, el precio fijado a la - unidad de obra sujeto a las leyes de mercado de la oferta y la demanda, fué la causa de tensiones y - conflictos sociales, reaccionando el trabajador con el "ritmo lento" en su productividad aplicado de ma nera sistemática, para así provocar la elevación - del precio fijado por unidad de obra. (Dieciseis -- Lecciones...ob.cit.pág.180).
- (5) Si bien puede ocurrir y de hecho ha sido así, que -- una tal discrecionalidad se materialice en la prác-

tica en el empleo por el trabajador de su diligencia subjetiva personal con objeto de obtener los mayores ingresos posibles, por lo que el riesgo de que la ganancia obtenida por el trabajador sea nula, es lógicamente pensable desde un punto de vista teórico, como indica ARDAU (Sistema istituzionale di diritto del lavoro. Milano. 1965. pág. 703. cit. por RODRIGUEZ BORBOLLA. ob. cit. pág. 107). La práctica ha confirmado sin embargo los efectos contrarios, pues no raramente el destajo, fué, y es, causa del deterioro de la salud física del trabajador a causa de una excesiva fatiga. Este peligro se suele expresar en el mundo jurídico y económico alemán con la denominación: "Akkord ist Mord". Lo definitorio sin embargo es que el trabajador lo hace así por su voluntad, y no porque jurídicamente venga obligado a ello.

- (6) En este sentido señala GAUL que en el destajo "puro" no se sanciona la falta de diligencia, siendo no obstante otra la situación, cuando se contempla ya el destajo con salario mínimo garantizado (Akkord.. ob. cit. pág. 43).

c) El inciso segundo del pf. 2 del art. 38 LCT.

El destajo puro en los términos considerados, es una fórmula retributiva que ha ido perdiendo aplicabilidad de manera paulatina para acabar transformándose en un destajo "impuro" o "impropio" encuadrable dentro de la amplia categoría de la retribución mixta a tiempo y a rendimiento (1).

Diversas circunstancias y factores, tales como la aplicación al destajista de normas sobre la duración de la jornada de trabajo y sobre la protección y garantía de la percepción del salario base por categoría profesional (2), han promovido y provocado esta evolución del destajo puro acercándolo al in-

centivo de los sistemas salariales mixtos; siendo quizás el más relevante a efectos del examen de la diligencia debida el factor tiempo que -como reflejo de una modernización y perfeccionamiento de las técnicas y métodos de producción empresariales- interviene en el cálculo del destajo que va a conformar en mayor o menor grado a aquella (3).

Prescindiendo ya de la consideración pura del destajo, basada exclusivamente en el tenor literal -- del art.38 pf.2 inciso primero LCT, es de indicar que la consideración al tiempo, está siempre presente en el mismo, lo que es de absoluta necesidad, - por cuanto presupuesto para el cálculo del salario por unidad de obra, lo constituye el saber o determinar con antelación como se valora cada unidad de obra que se produzca, conocimiento que no es via--ble, si lógicamente no se conoce el tiempo de ejecución de aquella (4). El empresario interesado en una verdadera y real productividad de su empresa, retribuye en efecto al trabajador según la canti--dad de obra realizada, "pero presumiendo un tiempo: el que aproximadamente estime necesario para la realización de aquella" (5).

Esta estimación o valoración del tiempo necesario para la ejecución de una unidad de obra, es decir, la previa elaboración del "presupuesto-pieza" (6), constituye ya una primera aproximación para la determinación de lo debido de la diligencia en tales sistemas retributivos, por cuanto la evaluación -- del tiempo de ejecución de la obra, concretiza ya

en cierto modo la intensidad debida en la ejecu--
ción o realización del trabajo (7). Esta combina--
ción que subyace en el destajo entre tiempo y re--
sultado -lo que provoca como se acaba de indicar
una primera determinación de la diligencia exigible
al trabajador- encuentra su confirmación en el
art.38 pf.2 LCT, que en su inciso segundo señala -
que, "en caso de haberse estipulado plazo para la
conclusión del trabajo u obra, deberá terminarse -
dentro de él, pero no se podrá exigir un rendimien--
to mayor al normal de un trabajador apto". Se con--
figura así el texto del mencionado precepto en ins--
trumento corrector de una inadecuada interpreta--
ción que sobre la intensidad y el esfuerzo exigibles
al trabajador, podría resultarse de la sola conside--
ración del inciso del mismo precepto y párrafo en -
los términos vistos.

- (1) v.RODRIGUEZ BORBOLLA.ob.cit.pág.107.
- (2) v.art.8 del Decreto 17 agosto 1973, según el cual,
la diversidad de módulos salariales que pueden ser
fijados, pueden a su vez coincidir o no con el sa--
lario base, sin que en ningún caso puedan ser infe--
riores al mismo. (v.también la OM 29 noviembre - -
1973).
- (3) De esta manera, y a semejanza de la remuneración -
mixta a tiempo y a rendimiento como se verá, pasa
a ser punto conflictivo en el destajo la estima--
ción o valoración del rendimiento y no simplemente
como en sus orígenes, el precio fijado en la uni--
dad de obra.

- (4) En sentido semejante ALONSO OLEA. Derecho...ob.cit. pág.142; FERNANDEZ MARCOS/PALOMEQUE LOPEZ ob.cit. pág.98.
- (5) DIEGUEZ CUERVO.cit.pág.59. Estimación que puede - ser más o menos perfecta según las técnicas y métodos de cálculo empleados por el empresario, en lo que aquí no se entra por no ser objeto directo de nuestro interés.
- (6) Así lo denominan FERNANDEZ MARCOS/PALOMEQUE LOPEZ. cit.pág.108.
- (7) En este sentido ALONSO OLEA. Dieciseis Lecciones... cit.pág.16.

c-1) Referencia a la objetividad.

La concreción de la diligencia debida del trabajador en los trabajos por unidad de obra no se deja por entero en la esfera de su discrecionalidad en el sentido de que quede a su total arbitrio, qué esfuerzo o intensidad deba aplicar en la ejecución de su trabajo. Una interpretación realista y razonable de la diligencia asumida contractualmente, - obliga al trabajador a la consecución de aquel rendimiento normal que alcanza u obtiene un trabajador apto.

"El empresario que contrata a destajo lo hace siempre sobre la base de que existe un rendimiento medio o mínimo que en todo caso el contrato autoriza a obtener" (1), rendimiento que el trabajador no -

puede mediante su libre arbitrio alcanzar o dejar de hacerlo, pues de esta manera dañaría aquel la confianza depositada por el empresario, que está interesado en una cierta altura de la prestación.

(2) "Sería absurdo que por el hecho de ir vinculada la retribución al resultado, no se exigiese al trabajador la normal actitud de diligencia que se evidencia en el rendimiento (3).

Es claro pues que en principio queda establecida - una medida objetiva de diligencia de aplicabilidad general a todos los trabajadores: aquella reflejo del rendimiento normal de un trabajador apto (4), lo que en definitiva está en consonancia con el hecho de la aplicación al destajista de las normas legales sobre jornada, y con el otro de que debe - percibir cuando menos el salario base por unidad - de tiempo correspondiente a su categoría profesional.

Con esto, no debe sin embargo pensarse que queda - irrelevante la cantidad de obra (el número de piezas, trozos, medidas etc.) que el trabajador de hehcho haya realizado en la jornada; porque precisamente el devengo del salario diario obliga al trabajador a obtener aquel rendimiento que efectivamente se corresponda con la obtención de la cuantía de la remuneración que se le garantiza (5).

(1) ALONSO OLEA.El Despido.ob.cit.pág.131.

- (2) HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.205.
- (3) DIEGUEZ CUERVO cit.pág.75 nota nr.73.
- (4) Si tal rendimiento no se alcanza, o, dicho con los propios términos del art.38 pf.2 inciso sefundo, - si la obra no se termina dentro del plazo estipulado para su conclusión, el problema revierte o se -- reconduce a la sanción inicial de la culpabilidad bien del trabajador, bien por el empresario, al -- tiempo de la contratación en los términos vistos (en págs.262 y ss. de esta parte III de la Tesis).
- (5) Sobre la problemática de una reducción del salario proporcional a la obra realizada, en base a las os cilaciones de la fuerza y capacidad productiva del trabajador, que quedase por debajo del rendimiento mínimo exigible nos remitimos a lo ya expuesto sobre el salario por unidad o tiempo (v.págs.391 y ss.) por entender que el hecho de que el trabajo se remunere a tiempo o a destajo no constituye obstáculo que impida un tratamiento jurídico paralelo; si bien hay que señalar que para el destajo, el hecho de que el trabajador reciba la totalidad de su sa lario, en caso de oscilaciones a él no imputables de su capacidad productiva, que se afirmaba para - el salario a tiempo, encuentra refrendo expreso en el art.40 LCT, precepto, que por lo demás, no ha-- bría inconveniente en aplicarlo también a los tra bajos remunerados a tiempo.

c-2) Referencia a la subjetividad.

El verdadero problema surge sin embargo cuando se - trata de determinar hasta que punto tiene cabida la consideración de la diligencia subjetivo-personal del trabajador en tales sistemas retributivos, lo - que si ya de por sí supone una cuestión compleja, - lo es todavía más si se trae en conexión con la --

interpretación que deba darse a la declaración legal de que "no se podrá exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto" (art.38 pf. 2 último inciso). ¿Cómo debe ser entendida una prohibición legal de tal naturaleza en relación con la diligencia debida del trabajador?.

La prohibición legal de exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto, incide sin lugar a dudas en el plazo que se estipula por la conclusión del trabajo u obra, lo que significa que - este plazo, o dicho de otra manera, la duración máxima estipulada de elaboración de cada pieza (o del - conjunto o número de ellas en una jornada de trabajo), debe estar constituido o conformado de tal manera que dentro de él, pueda ser concluido o terminado el trabajo por un trabajador de normal aptitud y capacidad mediante aplicación adecuada de su esfuerzo. Es así como el rendimiento normal de un trabajador apto o lo que es lo mismo, la prohibición legal de exigir un rendimiento mayor a este, se inserta o incorpora al contrato con carácter vinculante tanto para el empresario (1) como para el trabajador. Si respecto a este último se contempla esta vinculación contractual en su sentido estricto, significa afirmar que el trabajador a destajo asume - únicamente la obligación contractual de obtener el rendimiento normal de un trabajador apto (2). Consecuentemente queda al libre arbitrio del trabajador aumentar el rendimiento, pudiendo por su voluntad - disminuirlo hasta el límite de lo normal, con lo -- que correlativamente aumentan o disminuyen sus in--

gresos, según la cantidad mayor o menor de obra realizada. De esta manera el empresario al tiempo de celebrar el contrato, confía en que el trabajador obtendrá un rendimiento mayor al normal. Tal confianza no viene sin embargo protegida jurídicamente, - por cuanto el empresario no lo puede "exigir" al - prohibírsele el art.38 LCT pf.2), si no sólo "esperar". Esta esperanza del empresario viene exclusivamente fundamentada en la mera voluntad del trabajador en este sentido.

La vinculación contractual de la que se habla, puede venir sin embargo interpretada desde perspectivas distintas: el empresario al tiempo de la contratación confía igualmente en que el trabajador obtendrá un rendimiento mayor al fijado con carácter normal, si bien ahora una tal confianza viene protegida jurídicamente. No se trataría ahora meramente de "esperar", sino de "exigir". ¿Dónde encuentra fundamento la protección jurídica de la confianza empresarial depositada en el contrato?, y, aún encontrando fundamento, ¿no se estaría violentando la prohibición expresa del art.38 pf.2 LCT ("...no se podrá exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto")?.

El fundamento debe verse en primer término en la aplicación del art. 60 LCT: el trabajador debe aquella diligencia determinada conforme a la especialidad habitual, que realiza según sus facultades y peculiaridades, norma de aplicación general a cualquier trabajador y a cualquier trabajo con independencia de la forma en que este venga remunerado. - De esta manera el trabajador a destajo asume la obli

gación contractual de obtener el rendimiento normal de un trabajador apto, pero no única o exclusivamente -y aquí está la primera diferencia con la anterior argumentación expuesta-, sino que además asume aquella otra de obtener un rendimiento mayor al fijado, cuando, y en consideración a su persona lidad, se encuentre en condiciones efectivas de ha cerlo. No se trata por tanto de que el trabajador pueda disminuir o aumentar la intensidad en el tra bajo a su libre arbitrio siempre que alcance el - rendimiento mínimo exigido, sino que por contra - queda vinculado a aquel que pueda obtener y con - el empleo de su personal aptitud y capacidad.

La exigencia contenida en el art.60 LCT, se ve re forzada por el art.61 del mismo cuerpo legal: - - "Allí donde el salario se regule por los productos del trabajo o por las tareas del trabajador, esta rá obligado también a aplicar al objeto su acti vidad profesional, sin más interrupciones que las de terminadas por la ley, las reglamentaciones de tra bajo, el contrato y los usos y costumbres". El tex to del precepto transcrito, muestra la preocupación del legislador de que también en los trabajos a re sultado o a rendimiento debe el trabajador prestar su trabajo diligentemente bajo dos vertientes inti mamente conexionadas: la una, mediante el empleo de su esfuerzo y habilidad técnica en relación al trabajo asumido ("aplicar al objeto "su" actividad profesional"), la otra, haciendo buen uso del tiem po de trabajo ("sin más interrupciones que las de-

terminadas por la ley, las reglamentaciones de trabajo, el contrato y los usos y costumbres").

Una interpretación real, de los arts.60 y 61 de la LCT, aplicada a la relación de trabajo que ahora - nos ocupa, conduce probablemente a afirmar la existencia de "algo más" en lo debido de la diligencia, que aquella con la que meramente sería alcanzado - el rendimiento mínimo; pues de lo contrario podría suceder que una vez obtenido este, permaneciese el trabajador inactivo durante el resto de la jornada de trabajo todavía no concluida lo que a nuestro - juicio prohíbe (y lesiona por tanto) el art.61 LCT, por cuanto este, lo que verdaderamente está indicando es que el trabajador aplique su esfuerzo e intensidad durante todo el tiempo en que debe trabajar.

Y es así como toma fuerza por segunda vez la idea - crucial tantas veces repetida de que lo que se debe por el trabajador no es meramente un tiempo de trabajo, sino por el contrario, el trabajo realizado - en un cierto tiempo", es decir, que se debe hacer - uso de manera efectiva del tiempo de trabajo conforme a las posibilidades de cada trabajador, todo lo que parece adecuarse a la finalidad perseguida y a la confianza depositada por el empresario a través del contrato (3).

Una tal interpretación parece chocar sin embargo - con el obstáculo legal del pf.2 del art.38 LCT al que anteriormente se ~~hacía~~ hacía mención: "...no se podrá

427

exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto". De notar es sin embargo que esta prohibición legal al empresario, viene en el precepto estrechamente conexiónada con la fijación del plazo para la conclusión del trabajo, por tanto - con la determinación y valoración del tiempo necesario de ejecución de una pieza o conjunto de ellas, no sin embargo de manera directa con el propio rendimiento que puede conseguir el trabajador individualmente considerado. La prohibición legal parece pues dirigirse en primer término a que en la fijación o cálculo del destajo, como se vió, no puede el empresario excederse en su valoración de aquel rendimiento normal de un trabajador apto. Se piensa así en un rendimiento mínimo de aplicación a la generalidad de los trabajadores, de aquí que el -- precepto hable de rendimiento "normal", con lo que tal prohibición marca simplemente el límite de la aptitud inicial exigida, el rendimiento "de partida" (4) que es configurado con carácter objetivo - para todo trabajador; de todo lo que no se puede - deducir que se esté marcando asimismo, para el todo desarrollo de la prestación, el límite a la diligencia, tanto más si se piensa, que, si bien los trabajadores son igualados en cuanto al rendimiento determinante del mínimo exigible, una vez iniciado el trabajo, debe exigirse un rendimiento conforme a la propia aptitud y capacidad de cada uno en concreto.

A nuestro juicio la interpretación expuesta en úl-

timo término es la más adecuada (5), tanto más si se piensa en la evolución y progresiva aproximación del destajo con el régimen de incentivos (6) en el que como se verá queda el trabajador en principio sujeto a mantener y no disminuir su propio rendimiento.

Por lo demás, es de indicar el diferente estímulo a la diligencia del trabajador en base al carácter de las tarifas de retribución que en el destajo cuando menos originaría o teóricamente se consideran fijas y/o uniformes; frente al carácter - móvil, progresivo o degresivo, del incentivo; por cuanto la predisposición del trabajador a un mayor rendimiento es diversa según que las cantidades de obra que sucesivamente se vayan produciendo tengan siempre el mismo valor, por remunerarse la primera igual a la última, o bien no lo tengan por remunerarse las sucesivas cantidades de obra producidas, bien progresiva, bien degresivamente (7).

-
- (1) Pues de lo contrario el pacto contractual que exigiese un mayor esfuerzo (al normal de un trabajador apto) constituiría un abuso de derecho lo que correlativamente determinaría su nulidad (en este sentido v.ALONSO OLEA. Dieciseis Lecciones...ob. cit. pág.36; sobre el comportamiento que debe observar el trabajador en tales supuestos así como las facultades de reclamar que le asisten y de las que se puede valer v.FERNANDEZ MARCOS/PALOMEQUE LOPEZ. Dieciseis Lecciones...ob.cit.págs.109-110).
- (2) Puesto que al empresario le está prohibido exigir uno mayor (art.38 pf.2 LCT).

- (3) Se piensa lo contrario, así no se deja entender.- del todo, cual sea o pueda ser el sentido real del art.61 LCT, ni lo que con ello haya querido decir el legislador. Este podría haberse expresado con mayor claridad, manifestando por ejemplo que en tales trabajos, "está obligado el trabajador a aplicar al objeto "la" (no "su") actividad profesional hasta la consecución del rendimiento mínimo fijado, y facultado (puesto que el empresario no puede exigir un rendimiento mayor al normal a tenor del art. 38 pf. 2 LCT) para seguirla aplicando hasta el -- término de su jornada de trabajo", por lo que sería ya gratuito hablar o establecer un límite a las interrupciones en la actividad del trabajador, como el art.61 LCT sin embargo hace. Se estaría así y -- en definitiva en contra de la finalidad y voluntad de las partes al tiempo de la contratación, así como de la propia del legislador ("la figura del art. 38.2 in fine, señalan FERNANDEZ MARCOS/PALOMEQUE LO PEX, no es para la LCT una manifestación de la tarea, sino una de las formas que por vía de estipulación puede adoptar el destajo" ob.cit.pág.100), no ante un "destajo", sino ante una "tarea", porque conforme al art.38 pf.3, vendría el trabajador -- obligado a realizar una determinada cantidad de -- obra (la resultante del rendimiento normal) en la jornada de trabajo, no obstante "desnaturalizada", por cuanto una vez acabada la tarea antes del transcurso de la jornada de trabajo, no se entendería -- sin embargo cumplida dicha jornada, como indica el art. 38 pf.3, sino que quedaría por contra un tiempo "de trabajo" sobrante, en el que el trabajador decidiría a su voluntad el seguir o no trabajando aún no habiendo terminado la jornada de trabajo.
- (4) Sobre estas cuestiones se vuelve más adelante detenidamente en págs.434 y ss.
- (5) A pesar de que no se ignora el hecho de que se está tocando uno de los temas más cruciales y complejos del Derecho del Trabajo, a los que probablemente no se encuentre nunca una solución definitiva y satisfactoria, que quede a salvo de toda discusión y reparo.

- (6) Cuyas diferencias van siendo cada vez más teóricas que reales, por lo que sus delimitaciones -- prácticas se encuentran ciertamente borrosas, tanto en la propia normativa aplicable como en la -- doctrina y jurisprudencia. El hecho de que sea de frecuente aparición en los Convenios Colectivos, "destajos", que sin embargo conllevan un rendimiento exigible, control de tiempos etc, hace que el destajo tenga un carácter más de remuneración mixta, que de la propia por unidad de obra (sobre las ya escasas y no profundas diferencias v.RUBIO RUIZ Dieciseis Lecciones...ob.cit.págs.178-179, si -- bien en opinión del autor siguen siendo en cierto modo relevantes.
- (7) Sobre esto v.RUBIO RUIZ ob.cit.pág.178 v.asimismo págs.454 y ss de este trabajo.

B. Salarios mixtos a tiempo y rendimiento.

a) Consideraciones generales.

La actividad que desarrolla el trabajador, puede ser remunerada a la vez, por unidad de tiempo y -- por unidad de obra. Esta fórmula retributiva mixta atiende así de un lado a garantizar de manera metódica o sistemática la percepción del salario a tiempo, es decir, la retribución correspondiente a la jornada normal de trabajo; del otro a procurar al trabajador una remuneración adicional cuya altura o cuantía se determina en función del resultado del trabajo, en base a la mayor o menor productividad o rendimiento alcanzado por el trabajador.

El que esta fórmula retributiva, precisamente por

su carácter mixto, contemple, junto al trabajo a tiempo, aquel otro remunerado a rendimiento, implica correlativamente la existencia de una prima o incentivo en función del resultado del trabajo que es la que provoca el estímulo en la diligencia del trabajador. De esta manera puede este influir en la altura total de su remuneración sobrepasando el rendimiento que ha sido prefijado en un principio como contrapartida del salario a tiempo, que no tiene en consideración a efectos remuneratorios el grado individual del rendimiento del trabajador (1).

Desde la perspectiva de la diligencia debida del trabajador plantea el salario mixto dos cuestiones fundamentales que a su vez encierran otras varias a las que se irá haciendo referencia. En primer término se examina el denominado rendimiento normal que debe alcanzar el trabajador como contrapartida del salario a tiempo, - componente parcial del carácter mixto de esta forma de retribución del trabajo. En segundo lugar el examen -- concierne a las denominadas primas o incentivos que -- constituyen en esta forma retributiva mixta la parte -- correspondiente al salario devengado por el trabajador en función de la cantidad y calidad del trabajo obtenido; haciéndose aquí fundamentalmente referencia a los efectos que en la capacidad y predisposición del trabajador tienen las primas a la cantidad en relación con las primas a la calidad; examinándose además por su interés aquellas más importantes que caen dentro de la noción genérica de primas "al comportamiento" o "a la conducta" del trabajador, lo que va a ser de gran utilidad para la mejor comprensión de la diligencia debi-

da del trabajador, entendida como cuidado o esmero en la ejecución de su trabajo.

La referencia en ambas cuestiones, bien que de manera escueta, a una determinación positiva del rendimiento, si bien no caen totalmente dentro del estudio en sentido jurídico estricto, son sin embargo necesarias al objeto de poder dar solución a la cuestión que aquí - creemos capital: cuando pueda serle imputado al trabajador la disminución de su rendimiento, o expresado - en sentido positivo, qué rendimiento puede esperarse y exigirse del trabajador que realiza su prestación - en tales sistemas retributivos, todo lo que en definitiva no constituye sino el preguntarse, cómo pueda ser entendida la diligencia que el trabajador remunerado a tiempo y rendimiento asume contractualmente, y que, por consiguiente, viene obligado a observar.

-
- (1) En este sentido v. BOERHS H. Leistungslohn. ob. cit. - págs. 103 y ss. C. DEL PESO, en Dieciseis Lecciones.. ob. cit. págs. cit. DIETZ/GAUL/HILGER Akkord... ob. cit. págs. 22 y ss KOSIOL E. Leistungsgerechte... ob. cit. pág. 125. RUBIO RUIZ, en Dieciseis Lecciones... ob. cit. págs. cit.

b) El rendimiento normal.

b-1) Su problemática.

Su fijación o determinación de lo que jurídicamente - deba entenderse por rendimiento normal es una cuestión

tan importante como polémica y compleja. Sabido es que el rendimiento normal puede venir determinado consuetudinariamente (1). Lo que ahora constituye objeto de interés no es sin embargo, y de manera directa, este rendimiento consuetudinario, demostrativo de cómo y con qué intensidad se trabaja normal y usualmente -- (por cuanto que en definitiva ha sido este el que en mayor o menor grado ha venido siendo objeto de consideración), sino aquel otro que, por decirlo de alguna manera, se extrae o elabora "científicamente"; sobre todo en lo que hace referencia a la problemática derivada de su conexión o desconexión con lo que de manera usual o habitual ha venido siendo observado por -- los trabajadores como normal.

La progresiva introducción y perfeccionamiento de los denominados estudios de tiempo y movimientos, mediante los que se valora técnicamente el trabajo en base a cronometrajes, número de piezas producidas o por -- sistemas más complejos, constituye hoy en día el método más usual de cálculo del rendimiento normal del -- trabajador como punto de arranque para la fijación de incentivos por rendimientos superiores al normal fijado. Se mide así la "productividad de partida" (2) del trabajador, lo que a su vez se hace depender de una -- valoración de aquello que pueda ser considerado como "actividad normal" (3).

Definiciones explicativas sobre la misma suelen venir contenidas tanto en los convenios colectivos, como en las Ordenanzas Laborales, teniendo por lo demás carácter semejante.

Así por ejemplo se dice que como actividad normal se

suele entender aquella que obtiene un productor medio entregado a su trabajo bajo dirección competente, pero sin el estímulo de una remuneración por incentivo, rendimiento que puede obtener fácilmente un día tras otro sin excesiva fatiga física o mental, y se caracteriza por la realización de un esfuerzo constante y razonable (4); o aquella que desarrolla un operario consciente de su responsabilidad, con un esfuerzo constante y razonable, bajo una dirección competente sin excesiva fatiga física y mental (5).

Estas dos definiciones mencionadas, así como muchas - otras que se podrían traer aquí a colación (6) poseen la característica de contener formulaciones semejantes aplicables incluso con carácter general a cualquier trabajador, independientemente del trabajo que realice (7), por cuanto lo que en definitiva vienen a expresar, no es sino el hecho de que el trabajador, - debe ejecutar su trabajo con una intensidad media, -- mediante la aplicación de su esfuerzo de manera adecuada y razonable.

Tales formulaciones de carácter modélico o ejemplar lo que en realidad hacen es configurar con un contenido más amplio mediante la aportación de datos más concretos los parámetros clásicos de la actividad y el comportamiento humano que el derecho a lo largo de su evolución histórica ha venido desarrollando (8), al - darles un sentido y significado "laboral" en el actual y moderno marco productivo.

Son en efecto remisiones a "paradigmas de conducta - profesional" (9), en el fondo tan inconcretos, vaci-

lantes, y por lo tanto polémicos en cuanto a su correcta apreciación y valoración, como sus predecesores anteriores clásicos, por cuanto adolecen de deficiencias e imperfecciones, no siendo capaces de esbozar ni perfilar, de manera exacta y suficiente una determinada altura o nivel de rendimiento (10).

El diligens pater familias, el sollicitus et bonus - laborator, han devenido así, y en términos laborales en el trabajador de normal aptitud y capacidad, que realiza una actividad normal (en los términos que a modo de ejemplo hemos expuesto), obteniendo así un rendimiento normal sin que por ello se haya satisfactoriamente solucionado el problema sobre la correcta determinación del rendimiento inicial. Si este, e independientemente del proceso seguido en su aplicación quiere ser efectivamente "normal", con fuerza vinculante para los trabajadores, no debe ignorar ni malinterpretar, la constitución normal de los mismos, ni su proyección sobre el trabajo: que actividad o esfuerzo aplican usualmente los trabajadores a su actividad.

Habría así que indicar de nuevo (11), que "lo normal deviene en norma", y lo normal ha venido mayormente - derivado del comportamiento y actuación social de los hombres que con el tiempo ha ido cristalizando en esa noción tan clara, pero tan difusa a la vez, que es la costumbre (12). Esta que en un principio podría pensarse desaparecida o irrelevante para la fijación de un rendimiento normal, en base a la descripción de una actividad normal, cobra de nuevo fuerza, por cuanto -

ni aquella actividad, ni el correlativo rendimiento de ella esperado, si quieren ser verdaderamente "normales" y encontrar el refrendo o la aceptación del - trabajador, no pueden prescindir de ella (13), incluso a posteriori, una vez fijado el rendimiento normal, porque al momento de su establecimiento no hubiese o no pudiese reputarse existente, uso de empresa o costumbre aplicable(14).

La elaboración científica del rendimiento normal, parece proporciona un criterio más ajustado a la realidad de la verdadera capacidad productiva del trabajador, al perseguir o pretender un aprovechamiento más racional y efectivo de sus aptitudes físicas y mentales, así como del empleo eficaz de su intensidad y - esfuerzo en el trabajo, con lo que se podría decir - que de ordinario este rendimiento normal, posee un - grado, en cierto modo más elevado, que aquel otro medido consuetudinariamente (15), lo que no significa sin embargo, el que una determinación precisa y concreta del rendimiento, sustituya por completo o no -- tenga en cuenta cuando menos aquel acostumbrado por el mero hecho de que este se constituye en un instrumento primordial de determinación de lo que debe ser considerado como trabajador normal, y, consiguientemente como actividad normal (16).

-
- (1) Bien porque se establezca como tal el usualmente observado en la empresa (v.BOEHRIS ob.cit.pág.75), bien porque se resulte del resultado promedio de una cierta actividad en una concreta localidad o zona de trabajo (v.BAYON CHACON/PEREZ BOTIJA. Manual...ob.cit.

En rendimiento normal deducido o extraído mediante tales criterios, debe verse en principio adecuado, siempre que se tengan presentes tanto el instante en que este fué calculado como las propias características - de los trabajadores en aquel mismo momento, así como las condiciones de trabajo, instalaciones y maquina--rias de la empresa, porque caso de que alguno de es--tos factores sufra un cambio o modificación sustancial la aplicación de este rendimiento normal a situaciones futuras en las que se dan nuevas características y circunstancias, puede ser un foco de tensión laboral en--tre trabajadores y empresario.

- (2) Por cuanto el rendimiento normal no refleja sino un -rendimiento "inicial" o "de partida" exigible a todo trabajador. En los sistemas de medición comúnmente más conocidos corresponde a 100 (Sistema de la Comisión Nacional de Productividad), 75 (sistema Crea), y 60 - (sistema Bedaux). (v.RUBIO RUIZ ob.cit,pág.190; y BA--YON CHACON/PEREZ BOTIJA.ob.cit.I.pág.384).
- (3) Las técnicas y métodos de análisis o valoración de tareas tendentes a la averiguación y fijación del rendimiento normal, así como el de aquellos otros que deter--minan la fijación de incentivos no son aquí objeto de tratamiento directo por cuanto que constituyen más una materia de carácter estrictamente técnico económico - que propiamente jurídico laboral. Su referencia se limita pues a aquellos momentos necesarios para una me--jor comprensión de las cuestiones objeto de nuestro - interés. Por otra parte que aquí también inconsidera--do el hecho de que no siempre el resultado del traba--jo se hace depender de manera directa del rendimiento del trabajador, sino también y a menudo de la propia organización técnica de la empresa, así como del estado de las máquinas y materiales sobre lo que no pue--de influir el trabajador con su renidmiento, más que de forma mínima o nula.
- (4) Así se expresa por ejemplo el CCS Interprovincial de Industrias Cárnicas (cit.por RUBIO RUIZ ob.cit.pág. - 190; v.asimismo FERNANDEZ GONZALEZ ob.cit.pág.122).

- (5) Así la Ordenanza Textil en su art.12 (en ALONSO - OLEA. Derecho... ob.cit.pág.144).
- (6) Semejante ocurre en el derecho alemán en el ámbito de la normativa colectiva: se habla del rendimiento medio de los trabajadores ocupados en iguales o semejantes trabajos, o del rendimiento que obtiene un trabajador medio (Durchschnittsarbeiter), o del que alcanza un trabajador apto, práctico y experimentado, o incluso, empleando la terminología propia del rendimiento normal (Normalleistung) de aquel que puede ser conseguido, por un trabajador de aptitud y habilidad suficiente, adiestrado y aclimatado profesionalmente, mediante el empleo satisfactorio de su fuerza de trabajo durante el tiempo de duración de la prestación, sin daño a su salud)v.IETZ/GAUL/HILGER ob.cit.pág.23; BOEHRS ob.cit.pág.75; KOSIOL ob.cit.pág.42; MARTENS.Grun dalgen...ob.cit.pág.60; SCHNELLINGER ob.cit. pág. 62). Los mismos problemas se plantean en el mundo laboral norteamericano. W.GOMBERG cita la siguiente definición de "normal" elaborada por la Northern New Jersey Chapter de la Sociedad para el Progreso de la Dirección: "eficacia normal es la cantidad - de producción (o esfuerzo) sin estímulo que debe - esperarse de un operario plenamente calificado, al que ha estado trabajando en un empleo el tiempo su suficiente para conocerlo profundamente y que posee una inteligencia normal y preparación suficiente - para ejecutar el trabajo que se le asigna satisfactoriamente". GOMBERG, hace la siguiente crítica: esta definición, "explica con claridad la palabra "normal", cuyo significado estamos tratando de investigar igualándolo a todo el conjunto de pala--bras subjetivas sobre las cuales será muy difícil conseguir que dos hombres se pongan de acuerdo. - Frases tales como "plenamente calificado", "inteli gencia normal" etc, no tienen el significado cuantitativo que se utiliza en la definición". (A Trade Union Analysis of Time Study.Chicago: Science Research Associates.1948.pág.132.cit. en F. WHITE. Estímulo económico y rendimiento laboral. Madrid. 1961.pág.237).

- (7) Así por ejemplo la definición anteriormente citada contenida en el CCS Interprovincial de Industrias Cárnicas, ha sido recogida en iguales términos en otros muchos convenios, así como en casi todos los relacionados con las Industrias Químicas (v. RUBIO RUIZ ob.cit.págs.190 nota n.14).
- (8) Lo que se debe afirmar asimismo aún cuando se llegue, como normalmente ocurre, a una determinación numérica o matemática del rendimiento normal.
- (9) Así ALONSO OLEA. Derecho...ob.cit.pág.144 (v.págs. 244 y ss. de este trabajo).
- (10) Formulaciones tales, como indica BOEHRS, no reflejan sino en el fondo un rendimiento orientativo - (Richtleistung) (ob.cit.págs.75-76). Por otra parte el problema se extiende no sólo dentro del ámbito de la empresa, sino incluso fuera de ella. -- Piénsese en el Magistrado que tiene que construir o configurar que deba ser entendido por rendimiento normal en el caso concreto sometido a su juicio, o incluso la fijación de una determinada altura o nivel del mismo. De todos es conocida la objeción usual en problemas laborales de tal naturaleza: de que el rendimiento normal no es demostrable, o idóneo de apreciación o medición, o la alegación de que es completamente arbitrario etc.
- (11) v.pág. 241 de este trabajo.
- (12) v.págs. 239 y ss. de este trabajo.
- (13) Lo que podría suceder en mayor o menor grado, pero siempre necesariamente; pues, ¿quién o qué es un "operario medio"? o un "operario consciente"? ¿qué es o qué significa trabajar con un esfuerzo cons--

tante y razonable?, ¿dónde se puede contrastar o - qué criterios prácticos se nos ofrecen, para poder ver realmente que el ritmo de trabajo se puede man tener fácilmente un día tras otro?. Con razón seña la BOEHRS, que lo que puede o debe entenderse por rendimiento normal, sólo puede en el fondo expresarse con ayuda de ejemplos entresacados de la -- práctica laboral (ob.cit.pág.76).

(14) v.pág. 472 nota nr.6.

(15) En este sentido señala BOEHRS, que el rendimiento normal, surgido de los cálculos y estimaciones de los especialistas, no es de valorar ni como alto ni como moderado o mediano, sino que adoptando un punto intermedio entre los dos, puede ser califi cado aproximadamente de satisfactorio ("befriedi gend"), (ob.cit.págs.76-77). Esto no debe llevar a pensar que la racionalización del trabajo, sea únicamente producto de los técnicos o em presariales, o bien venga motivada por la normati va legal, y que conlleve forzosamente a pensar -- que de aquí en adelante el trabajo va a suponer -- en todas sus manifestaciones un mayor esfuerzo del trabajador, porque en no pocos supuestos la pro-- pia racionalización (aún fijando rendimiento más altos a los usuales), incide en la manera y modo -- de como debe ser trabajado apartándose de lo que -- era habitual, arrumbando así un uso de empresa del que se derivaba una mayor productividad. El supues to contemplado por la STS 8 noviembre 1956, consti tuye un buen ejemplo de este hecho real que aquí -- se comenta: declara improcedente el despido del -- trabajador, que no para las turbinas con las manos en base al art.77 f) LCT, porque, "... no hay dis minución voluntaria del rendimiento en el caso de que el trabajador espere a que paren las turbinas de la máquina para sacar las coronas de la fibra -- textil, aunque lo usual fuera que los trabajadores adelantasen un poco la operación, parando las turbi nas por si mismas, cuando llevaban poca velocidad pues se ajusta a la disposición reglamentaria que -- indica que deben parar las turbinas".

(16) De aquí los problemas prácticos derivados de qué

clase o tipo de trabajadores haya que elegir, para, valorando su actividad, fijar o establecer lo que deba ser entendido por rendimiento normal. De todos son conocidos los problemas que acarrea el acudir por ejemplo a una determinación de estadística de los resultados de trabajo producidos con anterioridad y elaborar correlativamente un rendimiento promedio del que se origina el rendimiento normal, por cuanto puede ocurrir que no se preste atención a las obligaciones que a lo largo de ese tiempo pudieron eventualmente ocasionarse en la producción, lo que pudo haber tenido lugar por causas muy diversas. Habría así que examinar de manera crítica las condiciones de trabajo bajo las cuales se han formado estadísticamente los resultados producidos; o bien preguntarse que tipo de readaptaciones hayan podido producirse en la empresa, así como en el proceso productivo, si ha sido o no modificado el tiempo de trabajo etc. -- (v.DIETZ/GAUL/HILGER ob.cit.pág.83). Del lado de los trabajadores piénsese en las consecuencias de que el rendimiento promedio sea averiguado tomando por base una determinada selección de buenos trabajadores (v.MAUCHER ob.cit.pág.41). Los resultados de tal promedio, serían completamente diferentes de si por contra se tomase el conjunto de la mano de obra de una empresa, o de una sección determinada de la misma, donde, al lado de los "buenos" trabajadores, efectúan también su trabajo, otros menos capacitados, con menos interés, o simplemente con menos práctica o experiencia. O piénsese incluso que un rendimiento promedio elaborado con determinados trabajadores, puede no ser ya adecuado o ajustado con el paso del tiempo porque otros nuevos trabajadores ejecutan ahora ese mismo trabajo, o porque han sido introducidas en la empresa nuevas máquinas o técnicas que han modificado la efectividad en el trabajo, así como los propios métodos productivos.

Tampoco es satisfactorio, señala W.FOOTE WHITE, - prescindir completamente del hecho real de como es trabajado, para formarse una noción ideal o abstracta de lo que se debe considerar normal; proceso que en el ámbito productivo norteamericano se denomina de "clasificación". Durante el mismo, - "un técnico en estudios de tiempos compara la ac-

tuación del operario bajo observación, con el propio concepto de la producción normal del observador". Se examina aquí un proceso extraordinario. - "El hombre de estudios de tiempos observa y mide a un trabajador al mismo tiempo que lo compara con un trabajador imaginario. ¿Cómo pueden entonces las cifras resultantes ser algo más que una combinación de hechos e imaginación ?" (ob.cit.pág.237).

b-2) Características y naturaleza. La relevancia de la intensidad.

De la problemática y consideraciones expuestas sobre el rendimiento normal, salta a la vista la preocupación por encontrar una formulación o definición que logre aclarar o adecuar en la medida de lo posible, - qué altura debe aplicarse, o con qué grado debe concebirse el rendimiento, para poder caracterizar al mismo como normal, problema que no ha encontrado hasta hoy en día, solución unitaria ni satisfactoria, - pero que quizás la encuentre en un futuro más o menos próximo a través de la progresiva introducción y perfeccionamiento de la medicina laboral. El objetivo tendente a conseguir un verdadero y no conflictivo rendimiento normal no puede ser alcanzado con la formulación de una mera definición más o menos extensa porque una tal , adolece en -- la mayoría de los casos de insuficiencia e inexactitud. Se debe por el contrario llegar a la adopción de soluciones a través del examen de los puntos esenciales con las indicaciones y comentarios que en cada caso procedan. De tener en cuenta es que el ámbito difuso con que se manifiesta

la problemática del rendimiento normal positivamente formulado, aparece más clara -como en breve se verá-, cuando se contempla desde su perspectiva negativa de la disminución del rendimiento del trabajador.

Resta así el señalar algunas características de tipo básico orientador, que a nuestro juicio deben estar siempre presentes para una configuración justa y razonable del rendimiento normal, independiente--mente del método que se utilice para su cálculo y -valoración.

El rendimiento normal no debe contemplar meramente la actividad de un solo trabajador individualmente considerado, sino que debe ser representativo, a modo de síntesis, de aquel esfuerzo productivo exigible a aquellos trabajadores de normal aptitud y capacidad (1), reflejando así un rendimiento de carácter intermedio, natural y objetivizado de aplicabilidad general válida para todos los trabajadores, cuya altura y contenido, tiene que ser establecido de manera clara, a fin de evitar y eliminar, todo tipo de discusión o discrepancia sobre el mismo y a fin de que sea comprensible e inteligible a todo trabajador que se vea afectado por el mismo.

En rendimiento normal no supone un rendimiento particularmente bueno, pero tampoco malo, sino simplemente intermedio en el sentido de satisfactorio. - Lo alcanza el trabajador sin un esfuerzo especialmente grande, pero tampoco sin especial reserva, -

moderación, o contenido de su propia capacidad de trabajo.

Es asimismo "natural". El trabajador alcanza el - rendimiento normal con el natural empleo de sus - fuerzas y capacidad conforme a la constitución física, propia de la anatomía humana. Su consecución, ni requiere excesiva fatiga, ni tampoco da lugar a situaciones de descanso o relajo. Tanto una intensidad más rápida o más lenta, o un esfuerzo mayor o menor que el que le correspondería de acuerdo con su constitución biológica, producirían un mayor aumento en su consumo de energía que si aquella intensidad o aquel esfuerzo fuese el normal, (2), o dicho de otra manera; rendimientos especialmente altos, pero también rendimientos notablemente bajos, exigen relativamente más esfuerzo o gasto de energía, que un rendimiento normal o natural. Este, es el que puede ser esperado y conseguido por el trabajador teniendo en cuenta el carácter de -- tracto sucesivo de la relación de trabajo, lo que conlleva a tener presente las oscilaciones o fluctuaciones de la capacidad productiva que repercuten en su rendimiento (3).

El rendimiento normal refleja un rendimiento "de partida" de carácter objetivo, aplicable y exigible a todos los trabajadores (4). Presupone por - tanto que el trabajador posee la aptitud y capacidad necesaria para la ejecución del trabajo así - como un cierto grado de experiencia y familiarización con el mismo, que le posibilite cuando menos alcanzar u obtener el rendimiento normal (5).

El rendimiento es efectivamente "normal" cuando re fleja aquella intensidad y esfuerzo en el trabajo que se ajusta o amolda de manera "natural" a la - constitución anatómica o biológica del trabajador (6).

El rendimiento normal no está sujeto ni se hace - depender de un tipo determinado de remuneración, o dicho de otra manera, no representa ni se adapta a una determinada forma salarial con exclusión de las restantes.

Descendiendo no obstante a la proyección práctica de lo aquí expuesto, para no quedar reducidos al mero ámbito de una exposición teórica, se hace in terés señalar las posibles delimitaciones del pro pio rendimiento normal en salario a rendimiento - con aquel otro que como punto de partida es utili zado en el salario a tiempo, así como también con el rendimiento medio o promedio. Las diferencias radican fundamentalmente en el diverso grado de in tensidad con que el trabajador ejecuta su trabajo ante todo teniendo en cuenta el desarrollo conti-- nuado del mismo.

El trabajador en salario a tiempo no tiene en igual medida y en todo momento el mismo interés en apli- car a su trabajo una intensidad y esfuerzo tales a como por el contrario ocurre con el trabajador en salario a rendimiento. Se encuentra incluso conten to o satisfecho cuando no existe de manera perma-- nente apremio en la ejecución de su trabajo, origi

nado por ejemplo por una determinada tarea que debe ser realizada sin demora. La intensidad que -- aplica a su actividad no está sometida a una tensión tal que le lleve a situaciones como aquellas en que nada más acabado un trabajo, está ya pre-- dispuesto casi de forma automática, a la ejecución del siguiente. El trabajador no hace saber de forma inmediata la conclusión de una determinada tarea, de tal manera que se le pueda asignar una nueva sin pérdida de tiempo (7).

Contrariamente el trabajador en salario a rendimiento a causa de la repercusión directa de la productividad alcanzada en su cuantía salarial, tiene interés en aprovechar lo más posible la oportunidad de conseguir un mayor resultado productivo. Por -- consiguiente la intensidad y el esfuerzo que ahora aplica el trabajador a su trabajo, tiene en cierto modo un sentido contrario a si el trabajo fuese remunerado a tiempo. De esta manera, e incluso no poniendo el trabajador especial esfuerzo o intensi--dad en su trabajo, puede sin embargo evitar la merma en el resultado productivo del mismo, cuando impide de modo especialmente efectivo la pérdida de tiempo. El trabajador se esfuerza por enlazar ta--rea con tarea, pretendiendo o procurando trabajar ininterrumpidamente en la medida de lo posible y permitido (observancia de las pausas en el trabajo, tiempos de descanso etc.) (8) por cuanto sabe que todo esto va a rendundar en definitiva en su prove--cho, al obtener una cuantía más elevada de ingre--sos.

Y es este interés, esta predisposición, y en ocasiones este comportamiento especial lo que refleja ya un esfuerzo o actitud tal del trabajador que rebasa o supera aquel otro rendimiento que podría ser considerado como normal, todo lo que consecuentemente se traduce en una remuneración mayor a la que correspondería al trabajador si este fuese retribuido a tiempo, por cuanto que ahora la intensidad y el esfuerzo que aplica en su actividad, encierra o comprende un completo y efectivo aprovechamiento de su tiempo de trabajo, que se traduce en la consecución de un mayor rendimiento, lo que sin duda no ocurre en el salario a tiempo. En aquel se esfuerza el trabajador en conseguir un mayor resultado productivo por medio de una elevada rapidez, habilidad, destreza y metodicidad en sus acciones, más elevada que aquella otra considerada como normal o natural.

- (1) Su indagación o averiguación no debe venir por consiguiente extraída o deducida de la mera consideración del rendimiento individual de un solo trabajador, salvo, probablemente, que este pueda ser considerado sin lugar a dudas como suficientemente representativo del trabajador de normal aptitud y capacidad. Por lo demás es de indicar que los trabajadores elegidos, están obligados a aceptar los -- cronometrajes y estudios técnicos sobre su trabajo personal, a fin de que la empresa pueda calcular los rendimientos (v. RUBIO RUIZ. Dieciseis Lecciones. ob.cit.pág.190). El trabajador debe cooperar lealmente en la formación y averiguación del cálculo del tiempo y movimientos, así como con posterioridad a la formación y fijación del mismo, comunicando al -- empresario los errores o las faltas que haya observado en la averiguación del rendimiento normal. --

(v.DIETZ/GAUL/HILGER.págs.140 y ss.). Normalmente la conducta del trabajador en este sentido, se ha ce depender en gran manera de si son o no buenas en ese momento las relaciones trabajador-empresa-rio, e incluso del sindicato con la dirección de la empresa. (v.F.WHITE. ob.cit.pág.238).

- (2) Aquí es necesaria ya una indicación de gran importancia tanto para la correcta fijación del rendi-miento normal, como para el tratamiento de la disminución del rendimiento habitual como se verá.El rendimiento normal a que aquí se hace referencia supone el empleo coordinado de los músculos y fuerzas físicas del trabajador con la actividad que - realiza. Esto no significa que siempre que tal - - coordinación o armonía exista nos encontramos forzosamente ante un rendimiento normal, por cuanto - la perfecta coordinación del cuerpo y músculos del trabajador en relación con su rendimiento efectivo, puede estar dirigida a la consecución de los resultados más elevados posibles, y existir perfectamen te un rendimiento superior al normal. No se puede pensar que siendo el rendimiento normal del traba-jador de 60 (por ejemplo en el sistema Bedaux), si trabaja de tal modo que su rendimiento sea de 65, se esté presentando o consiguiendo un rendimiento normal o natural, por mucho que los músculos del tra bajador sigan trabajando en perfecta coordinación, o dicho de otra manera por mucho que el desarrollo de sus actos y movimiento en relación con el traba jo que ejecuta, esté presidido por la armonía.
- (3) Sobre el juego de estas con relación al tiempo que debe ser considerado normal para la realización de una determinada actividad. v.OBERHOFF BB.1966 pág. 40; PORNSCHLEGEL BB 1965 págs.206 y ss.
- (4) Su carácter de aplicación general hace que el mis-mo se incorpore al contrato de trabajo, lo que no impide que, y en atención al caso concreto, pueda haber un rendimiento superior al normal, porque - así lo hayan pactado expresamente trabajador y em

presario (bien porque el trabajador posea una aptitud y capacidad superior a la normal, bien porque aunque no la posea, asume contractualmente la aplicación de un mayor esfuerzo). Es así como "el rendimiento de cualquier modo fijado puede incorporarse expresamente al contrato individual de trabajo, y el pacto en tal sentido es lícito siempre que no deba ser calificado de abusivo por el esfuerzo desmesurado que exija su cumplimiento, como es lícito condicionar la subsistencia del contrato a que tal rendimiento se alcance" (ALONSO OLEA. Derecho...ob.cita.págs.144-145, quien en este sentido recoge la STCT 28 mayo 1969, que contempla el caso de unos vigilantes que no alcanzan el nivel mínimo de ventas a que se comprometieron contractualmente; semejante la STCT 8 julio 1976). "...no cabe mantener la vigencia de un contrato en que una de las partes no alcanza en el cumplimiento de su contraprestación esencial ni siquiera la mitad de lo exigible..." - (STCT 12 julio 1976). Contrariamente, el rendimiento pactado por el trabajador puede ser inferior al mínimo establecido en los contratos de trabajo de los demás compañeros de trabajo, sin que este último, aún teniendo carácter general puede serle exigido a aquel (v.en este sentido la STCT 1 julio - - 1976).

- (5) A medida que el rendimiento normal prefijado refleja la obtención de un resultado de trabajo en sentido estricto, se modifica en cierto modo la concepción clásica de la carga del riesgo al empresario, derivando así la prestación de servicios hacia posiciones cercanas al contrato de obra (sobre esto v. BAYON CHACON. Dieciseis Lecciones...cit.pág.30; - - RUETTERS ZFA 1973 pág.404).
- (6) La diligencia del "buen trabajador" en un determinado círculo del tráfico jurídico laboral de trabajadores de aptitudes y cualidades similares, es por tanto el tipo de diligencia común que el ordenamiento jurídico no puede agravar, porque no puede poner a la gran mayoría aquella diligencia que sólo está al alcance de unos pocos. Es precisamente esta dili

gencia la normal o natural, a la que de modo ordinario se refieren las partes contratantes, trabajador y empresario, bien expresa, bien tácitamente.

- (7) Piénsese por ejemplo en el supuesto de que el trabajador debe recoger y transportar de un lugar a otro materiales, mercancías o herramientas de la empresa. En estos casos podría decirse que "no le viene mal" al trabajador, caso de verse forzado a esperar un cierto tiempo en el puesto de distribución o recogida a la llegada de nuevos materiales para su transporte. O piénsese en el trabajador que ejecuta su trabajo a través del manejo de una máquina. Si esta se avería, no tiene el trabajador especial interés en que aquella sea reparada y puesta nuevamente en funcionamiento lo antes posible con objeto de poder reanudar su trabajo - sin pérdida de tiempo.
- (8) Situaciones que contradicen este deseo e interés del trabajador, se presentan por consiguiente cuando en determinados momentos falta material disponible para proseguir el trabajo, o cuando la máquina con la que el trabajador realiza su prestación se interrumpe o se avería, no siendo de nuevo puesta rápidamente en funcionamiento. No sería extraño - ver en la práctica como el mismo trabajador, aún no viniendo obligado a ello, coopera y ayuda al encargado de la reparación de la máquina, para que esta, con la menor demora posible, le vuelva a "proporcionar trabajo". Nótese aquí la diferencia con el mismo supuesto del trabajador en salario a tiempo.

c) Las primas o incentivos.

Como se indicó, se hace aquí referencia a las primas o incentivos como instrumentos de estímulos a la diligencia del trabajador. De distinguir son -

de un lado, aquellas establecidas "en razón directa del rendimiento efectivo, medido y valorado en razón a la efectividad del trabajador en la producción", del otro aquellas otras "en que se atiende con preferencia a la personal conducta del trabajador más que a su rendimiento" (1).

Las primeras son reflejo del carácter propio del incentivo. Son "las cantidades abonadas al trabajador para compensar un mayor esfuerzo o una mejor calidad del mismo, siempre que tengan repercusión en la productividad" (2).

-
- (1) Así, C.DEL PESO, quien acertadamente califica a las primeras como incentivos "directos", y a las segundas como incentivos "indirectos". (En Dieciseis -- Lecciones...ob.cit.pág.147). Estos últimos como indica MAUCHER, atienden más a la actividad del trabajador desde su perspectiva humana-personal, que a la rentabilidad o productividad del trabajo en sí (ob.cit.pág.53).
- (2) Art.3 del Decreto 1844/1960 21 septiembre. Por lo demás, la "repercusión en la productividad", expresa no sólo, y del lado del trabajador, el efecto directo que en la producción tiene su propia actuación, sino también como indica MAUCHER, de juzgar en primer lugar si la proyectada introducción de la remuneración a prima está justificada desde el punto de vista económico (ob.cit.pág.53).

c-1) Primas a la cantidad y a la calidad.

Las primas abonadas al trabajador para compensar un mayor esfuerzo, son las comúnmente denominadas pri-

mas a la cantidad, que atienden por consiguiente - al propio volúmen o cuantía del trabajo producido, siendo por lo demás las de mayor relevancia dentro del componente del salario a rendimiento (1), que junto con el que atiende al tiempo, constituyen la noción global del salario mixto (2).

Por cuanto su verdadera problemática, como se indicó, será tratada fundamentalmente desde su perspectiva negativa al examinar la disminución del rendimiento del trabajador, interesa aquí meramente señalar los efectos de la propia configuración o estructura de los sistemas de primas a la cantidad que pueden producir en la intensidad y el esfuerzo que aplica el trabajador a su trabajo.

La influencia que ejerce la prima o incentivo como estímulo a la diligencia del trabajador se conforma fundamentalmente en dos sistemas diferentes, según el carácter de la misma sea progresivo o por contra degresivo. En un sistema progresivo, el importe de la prima resulta bajo cuando la diligencia aplicada por el trabajador ha obtenido un rendimiento que supera solo en corta medida a aquel fijado como de partida. Sucesivamente va siendo más elevado en su cuantía, a medida que se van obteniendo rendimientos más altos del normal. Efectos contrarios se dan cuando el sistema de primas es de carácter degresivo. La prima aumenta proporcionalmente en menor cuantía a medida que lo hace el rendimiento del trabajador, de tal manera que a este --

"no le merece la pena", la consecución de un rendimiento fuertemente elevado, pues la forma degresiva en que está constituida la altura de la prima, no constituye estímulo suficiente que mueva la diligencia del trabajador a tal fin. Se persigue así y en definitiva el aumento del rendimiento del trabajador sobre el inicialmente fijado, -- no sin embargo en exceso, o bien, el mantenimiento de un cierto ritmo productivo (3).

El diverso influjo que ambos sistemas ejercen en el grado de diligencia con que se ve estimulado el trabajador, se deja ver claramente en la propia -- praxis laboral; según las distintas finalidades -- económico-productivas de la empresa (4), mostrando por lo demás y asimismo que el estímulo a la diligencia no va siempre o sin más dirigido meramente a la obtención de un mayor rendimiento, sino a la consecución de aquel necesario, para mantener el ritmo y el equilibrio productivo idóneo.

En el fin y objeto perseguidos, debe verse los fundamentos en que se basa la toma de postura para la adopción de un sistema progresivo o degresivo de -- primas. El sistema de incentivos elegido debe estar en conexión tanto con aspectos psicológicos y sociológicos, como con los fisiológicos y económicos que informan el proceso productivo.

Los primeros (psicológicos y sociológicos) encuentran su causa de aplicación en la efectividad que

el estímulo puede ejercer en el modo de conducta - del trabajador, mientras que los segundos (económicos y fisiológicos), tienen su razón de ser en las relaciones que se producen entre el esfuerzo e intensidad aplicada por el trabajador a su trabajo y la consiguiente fatiga del mismo con relación al - resultado productivo (5). En este orden de cosas, se debe indicar que el establecimiento y conformación de la prima debe garantizar la conservación - de la salud del trabajador, evitando que esta se - vea mermada a causa del excesivo esfuerzo que el - trabajador aplique a su trabajo. Aquí se debe ver precisamente uno de los objetivos fundamentales, - que entre otros, debe perseguirse con el establecimiento de un sistema de primas de carácter degresivo (6).

La prima a la calidad en el trabajo influye asimismo directamente en el grado de diligencia a observar por el trabajador, quién a través de un cuidado y esmero especial en la ejecución de su trabajo superior a lo normal, obtiene, bien una mejor calidad del producto elaborado, bien la calidad normal exigida, pero con más frecuencia de lo que es habitual (7). La diligencia adecuada o razonable del - trabajador consistiría en aquella reflejo del empleo del debido cuidado y esmero en la ejecución de la prestación, que no obstante no podría evitar un -- cierto número de faltas, errores o defectos en el resultado de su trabajo.

Para la percepción de la prima debe pues averiguarse, dentro de los límites de lo posible, que cantidad o número de faltas y defectos en relación con la calidad del trabajo pueda ser considerada como normal, (8), es decir, aquellas que tienen lugar - aún empleando el trabajador la diligencia adecuada, lo que permite ya saber, qué grado de rendimiento cualitativo, se toma como punto de partida, para - que, una vez superado el mismo, tenga ya lugar la percepción de la prima hasta el límite del rendimiento óptimo (9).

- (1) De aquí la dualidad en la denominación que indistintamente estas primas adoptan en el derecho alemán (Mengenprämie, o bien, Hauptprämie).
- (2) v.KOSIOL.E.Theorie...ob.cit.pág.104.
- (3) v.H.MARTENS.ob.cit.págs.101 y ss.
- (4) Cuando una empresa desea mantener un cierto nivel de productividad por encima del inicialmente fijado -poque tanto una mayor como incluso uno menor no se adaptarían a sus fines productivos- introduce un sistema de primas degresivo. La empresa no está interesada en estimular la diligencia de sus trabajadores, hasta tal punto que estos, o la sección de la empresa receptora de tal estímulo salarial, produjese a tal ritmo, que sobrepasase al de las otras secciones, lo que ocasionaría, bien tiempos de espera de esa sección a las otras, o bien - tendrían estas últimas que ser reforzadas mediante la introducción de nuevas máquinas, contratación -

de nuevos trabajadores, eventual reconsideración - por la empresa de su organización productiva etc., en todo lo que ésta (prescindiendo aquí de las motivaciones económicas) no está interesada, por lo que establece un sistema degresivo y no progresivo de primas.

Inversamente, si una empresa desea elevar la productividad de los trabajadores ocupados en una determinada sección, porque en su inmediata trabajándose a un ritmo mayor, se causan desequilibrios productivos, acude a la instauración de un sistema de primas progresivo, que estimulando la diligencia de los trabajadores de la sección afectada, origina un mayor rendimiento, restableciéndose así el equilibrio productivo en la empresa.

- (5) Si teóricamente el rendimiento óptimo establecido es del 100%, el esfuerzo físico y mental que tiene que emplear el trabajador para pasar por ejemplo de un 92% a un 96%, es mayor a todas luces que aquel - otro necesario para hacerlo de un 70% a un 74%, - aunque la diferencia matemática -un 4%- en ambos su puestos, sea efectivamente la misma.
- (6) En este sentido señala GAUL que el sistema de primas degresivo tiene la finalidad de impedir que el trabajador rebase un determinado nivel de productividad en orden a proteger tanto su salud física (peligro de que el trabajador no observe las pausas o tiempos de descanso reglamentarios, sino que por -- contra, el deseo de un mayor nivel de ingresos le - impulsase a este el seguir trabajando), como a evitar daños a los materiales o máquinas, que se producirían con motivo de su manejo ininterrumpido (en DIETZ/GAUL/HILGER. Akkord...ob.cit.pág.86).
- (7) La conexión diligencia observada con la prima es directa. La consecución de una mejor calidad en el producto a lo que de manera normal o habitual puede ser esperado presupone -indica GAUL- que la propia actividad del trabajador pueda influir de manera directa en el resultado del mismo. (ob.cit.pág.78).

- (8) Los procedimientos tendentes a concretar y describir, cuando, como o qué debe entenderse por calidad del trabajo realizado, no sólo siven a la mera fijación de un sistema salarial por primas, sino que también proporcionan al trabajador de manera directa el conocimiento de en qué medida ha de ser vuidadoso, esmerado o escrupuloso en la realización de su trabajo al objeto de hacerse acreedor a aquella. La plasmación material de la diligencia observada o empleada mediante la aplicación de tales procedimientos, puede venir determinada por el número de faltas existentes en el total de las piezas producidas, es decir la cantidad global de piezas defectuosas resultantes o bien, y de forma un tanto indirecta, por el número de reclamaciones que con relación a las mismas tiene lugar en momentos posteriores, por ejemplo una vez han sido puestas a la venta y adquiridas por la clientela. Se necesita por tanto una descripción lo más exacta posible de en qué consiste una falta o defecto en una determinada pieza, o bien de la fijación de defectos técnicos de tal calibre que den lugar a posteriori a una reclamación del cliente.

Especiales dificultades encuentra la remuneración por primas a la cualidad o calidad, como se indicó, en aquellos trabajos, donde el esmero y cuidado del trabajador, así como el resultado de su trabajo no son susceptibles -o cuando menos muy difícil de serlo- de valoración exacta y concreta como "bien o mal ejecutados". (v.págs. 375 y ss. de este trabajo).

- (9) v.BOEHRS.ob.cit.pág.37. El rendimiento óptimo en el ámbito de la calidad del trabajo realizado, no debe llevar forzosamente a pensar, que lo constituye solo aquel comportamiento que evita toda falta o defecto en la producción (lo que sin embargo puede de por sí ocurrir). Incluso para su determinación debe ser averiguado que número de faltas o defectos podrían producirse aún con el empleo por el trabajador del máximo escrúpulo y esmero en la realización y acabado de su trabajo.

c-2) Primas a la conducta.

Al lado de las primas a la cantidad y a la calidad establecidas en relación directa del rendimiento efectivamente obtenido se colocan aquellas otras que como se decía, contemplan en primer término la conducta o comportamiento del trabajador (1), incidiendo de manera indirecta en un mejor rendimiento productivo. A modo de ejemplo - que nos sirva para entender la diligencia debida en el ámbito de estas primas (2) se hace aquí referencia a dos en concreto: primas por un buen uso de la maquinaria, herramientas e instalaciones de la empresa, y primas al ahorro de materiales y energía.

El grado de escrupulosidad y cuidado que observa el trabajador en el manejo de las máquinas, y en el trato que da a las herramientas e instalaciones de la empresa se ve estimulado mediante la introducción de estas primas o incentivos (3), de las que se hace acreedor el trabajador, cuando aquel es superior a lo normal. Su diferencia marca el grado diferente de la diligencia observado por el trabajador, que tiene como punto de partida la normal o habitual que puede y debe ser esperada y como frontera aquella considerada como óptima controlada y limitada por la altura máxima de la prima (4) (5).

Por lo demás, y desde el punto de vista económico empresarial, la observancia de esa mayor diligencia

gencia que se incentiva, tendente al buen uso y tratamiento de las máquinas, herramientas e instalaciones de la empresa, adquiere tanta más importancia, cuanto más costoso sea el valor o --mantenimiento de las mismas.

En estrecha relación con estas, tanto en sus --efectos como en su funcionamiento práctico se --encuentran las denominadas primas al ahorro. --(Ersparnisprämie). Tales primas tienen por objeto estimular la diligencia del trabajador en el ahorro y economía del uso de energía y materias primas, así como en la utilización de materia--les de los que este se vale para el desarrollo de su trabajo.

Se dirige aquí la diligencia del trabajador a conseguir un buen resultado en su trabajo aminorando además en la medida de lo posible los costos de producción del mismo. El consumo o gasto que el trabajador haga de la energía o materias primas, se hace tanto depender del grado con que aplique a aquel su habilidad, destreza y experiencia. El estímulo de la diligencia del trabajador mediante la introducción de tales primas adquiere, para el empresario especial interés en aquellos procesos productivos en donde se opera habitualmente con materiales muy costosos (6).

De este somero pero necesario exámen del sistema de primas, se puede extraer la relevancia de la remuneración en el comportamiento del trabajador.

Mientras los incentivos directos contemplan o - reflejan una remuneración "causal" de la dili-- gencia; los indirectos atienden a una retribu-- ción, que poseyendo asimismo naturaleza causal al igual que aquellos, contemplan sin embargo una en primer término de naturaleza "final". - Los primeros retribuyen al trabajador en base a una relación estrictamente causal: cuando mayor es el resultado productivo, tanto mayor es asi-- mismo la remuneración, sin atender al propio com-- portamiento o actividad del trabajador en sí -- mismo considerado. Los segundos poseen por el -- contrario y en primer plano naturaleza final, -- porque el objeto y medida de la remuneración lo constituyen no el propio resultado del trabajo como tal (lo que efectiva y realmente ha sido - "producido"), sino la consecución de determina-- dos fines y objetivos perseguidos y queridos por la organización empresarial (7).

- (1) De aquí que se las denomine, junto con otras clases de remuneración adicional en forma de premios o plu-- ses, como "primas a la conducta o al comportamiento". En el derecho alemán no es infrecuente el denominar-- las incluso con el propio nombre de "primas a la di-- ligencia" (Sorgfaltsprämie).
- (2) A otras de naturaleza semejante como las concernien-- tes a la puntualidad o asistencia, se hace referen-- cia en págs. 598 y ss. de este trabajo.
- (3) Tales primas son las denominadas genéricamente en el derecho alemán como "Nutzungsprämie".

- (4) v.DIETZ/GAUL/HILGER.ob.cit.págs.78-79; BAIERL. - Produktivitätssteigerung durch Lohnanreizsysteme. 3 edic.págs.100 y ss.
- (5) En cuanto a su grado máximo debe delimitarse no sólo atendiendo a la experiencia y conocimientos del trabajador así como a la propia consciencia de su responsabilidad, sino también -y en conexión a lo último señalado- a la delimitación máxima - de la altura de la prima, de manera que impida, por un exceso de celo, la aparición de efectos - contrarios a los queridos (por ejemplo, porque - el trabajador se ha excedido en el uso y empleo de la máquina).
- (6) v.DIETZ/GAUL/HILGER ob.cit.pág.79. Incluso en de terminados supuestos es más importante y conveniente estimular mediante primas la diligencia del - trabajador en el ahorro de materiales y energía que el hacerlo con relación a la cantidad de obra a producir, o a la intensidad que el trabajador - aplica en el manejo de las máquinas.
- (7) Si se establece por ejemplo una prima por "pre-vención de accidentes", a aquellos trabajadores cuyo trabajo consiste habitualmente en la conducción de vehículos de motor, no se puede hablar - de resultado productivo en sentido estricto del comportamiento del trabajador tendente a evitar los posibles accidentes y remunerado por consi-guiente según este principio (remuneración cau-sal), sino que lo que constituye motivo de remuneración es aquella conducta que el trabajador - ha observado para prevenir eventuales accidentes, todo lo que sin duda tiene un valor económico - para la empresa: costos que los mismos ocasionan, pérdida eventual de mano de obra (en concreto el trabajador o trabajadores accidentados), obstrucciones al proceso productivo etc., que tales ac-cidentos podrían traer consigo. Con este objeto se estimula al trabajador mediante el estableci-miento de un prima. La diligencia que observe el trabajador, repercutirá no sólo en ventajas económicas para él, sino también para su empresa. Determinadas prestaciones humanas, aún no siendo

estrictamente productivas, repercuten en el éxito económico de la empresa (consideración final de la remuneración de la diligencia). Iguales o semejantes argumentaciones podrían hacerse respecto a aquellas ya examinadas, tendentes a estimular el buen uso de las máquinas o herramientas de la empresa, o el ahorro de energía o materias primas.

c-3) Concurrencia de primas y traslacción de la diligencia.

Respecto a los supuestos de gran frecuencia práctica en los que se establece un sistema de primas combinado, interesa señalar al objeto de -- nuestro estudio, que, precisamente con motivo de la concurrencia de incentivos, pueden producirse efectos negativos contrarios a los queridos en -- cuanto al estímulo de la diligencia, por cuanto el trabajador puede caer en la situación de aplicar una diligencia desmesurada en aquel ámbito de su actividad ligado a una determinada prima, descuidándola no obstante en otra esfera de su -- actividad.

Piénsese en un determinado trabajo para el que se establecen primas a la cantidad y a la calidad. -- El trabajador podría anteponer la intensidad -- aplicable a su trabajo, en orden a conseguir el mayor rendimiento cuantitativo posible, al cuidado y esmero necesario para obtener asimismo la -- debida calidad en lo producido, y esto, por el -- mero hecho de que al trabajador le es más rentable desde el punto de vista económico hacerse --

acreedor de la primera y no de la segunda. Las consecuencias podrían ser todavía más perjudiciales, pues no sólo no consigue el trabajador aquella calidad que le haría acreedor a la prima, sino que puede asimismo no alcanzar aquella otra que de manera normal y sin derecho a prima es esperada y exigida.

Paralelo transcurre el supuesto inverso en donde un excesivo celo o cuidado del trabajador por obtener la calidad del producto, ocasiona una merma de su cantidad, incluso por debajo de lo normal o habitualmente exigible. La mayor o menor cantidad de faltas o defectos que se pueden originar como consecuencia de la mayor o menor escrupulosidad o cuidado puesto por el trabajador no llenando de manera satisfactoria el contenido de la diligencia, cuando esta no va complementada por la exigencia de que el trabajador ponga también en la ejecución de su trabajo el grado de intensidad debido en su realización; porque de lo contrario se daría apoyo al hecho, por erróneo no menos real, de que ocurriría el menor número de faltas, cuando el trabajador redujera por debajo de lo habitual el grado de intensidad aplicable a su trabajo, o bien, llevando el supuesto a sus límites extremos, no se produciría falta o defecto alguno, cuando sencillamente el trabajador no ejecutase su trabajo.

En ambos supuestos (1) el exceso de diligencia en un determinado ámbito de la prestación, ha llevado a un defecto de la misma en otro tanto o más importante que aquel. Esto avisa ya del peligro conque la propia configuración de un sistema de primas puede incidir en la diligencia del trabajador, estimulándola en alguna de sus manifestaciones, pero dañándola o aminorándola en

otras, produciéndose así una inadecuada "traslacción de la diligencia" de un ámbito concreto a otro de la prestación de trabajo, a causa de un cálculo defectuoso, incorrecto o desproporcionado del valor y cuantía de las primas, todo lo que puede producir en la práctica no pocas tensiones o conflictos entre empresario y trabajador. El evitar que se produzca esta traslación de la diligencia dentro del marco global de la prestación es tarea conjunta tanto de la empresa como de los propios trabajadores en la medida en que estos participen en la configuración del propio sistema de incentivos (2).

Por lo demás, puede operarse la traslación de la diligencia, no en base a la existencia de una concurrencia de primas, sino en atención a un cambio parcial o total del sistema o método productivo, que por lo mismo, provoca la desaparición de un prima para dar lugar a la creación de una nueva (3)

-
- (1) La praxis laboral encierra una gran diversidad. - Piénsese por ejemplo en el trabajador que queriendo obtener la mayor cantidad posible de unidades de obra, utiliza la máquina de que se vale para su producción, de manera desenfrenada sin las debidas y aconsejables interrupciones, o sin tener en cuenta su necesario entretenimiento, todo lo que a la larga produce su avería o defectuoso funcionamiento. O piénsese por ejemplo en el trabajador que se hace acreedor a la prima en base a la consecución de una determinada calidad en el producto a costa sin embargo de un desproporcionado gasto de energía o materiales necesarios para su elaboración, o viceversa: la obtención de una pri

ma al ahorro de energía o materiales acarrea el -
hecho de que el producto adolezca de la calidad -
necesaria requerida.

- (2) Sobre los controles anteriores y posteriores a la implantación de sistemas retributivos por resultado, de que los trabajadores se puede valer, así - como las eventuales modificaciones de los mismos. v. RODRIGUEZ BORBOLLA. El salario...ob.cit.págs. - 230 y ss., 237 y ss.; FERNANDEZ GONZALEZ.págs.128-129; RUBIO RUIZ, págs.190 y ss. (ambos en Dieciseis Lecciones...ob.cit.).
- (3) Cuando por ejemplo la consecución de una cierta - calidad en el trabajo que venía siendo incentiva, se obtiene ya a través de la adquisición por la - empresa de nuevas máquinas, que por esta causa, reduce o deja inexistente la posibilidad de que el - trabajador pueda influir en la calidad de su trabajo a como lo venía haciendo con anterioridad. Si - bien desaparece la prima a la calidad, se introdu- ce sin embargo otra, derivada de la nueva situa- - ción que tenga en cuenta la diligencia observada en el tratamiento, mantenimiento y uso que de las nue- vas máquinas haga el trabajador.

c-4) La diligencia adecuada.

Por lo que respecta al cálculo y fijación de las - primas, no desde el ángulo de su altura o cuantía económica que aquí debe presuponerse correctamente establecido, sino desde aquel otro de la diligen- - cia exigible al trabajador es ya de indicar que la problemática transcurre paralela a lo ya visto al tratar del rendimiento normal (1).

Si bien aquel rendimiento que atiende al grado norg

malmente exigible de atención, escrúpulo, cuidado o esmero que debe poner el trabajador en la ejecución de su trabajo se revela de más difícil determinación o fijación que aquel otro que atiende meramente al aspecto cuantitativo de la prestación, no por ello ha quedado fuera del ámbito de estudio y aplicación del análisis y valoración de tareas. Frente a una determinación del rendimiento que se contempla mediante descripciones orales con puesta de ejemplos sacados de la observancia práctica, se ha pasado a un cálculo que trata de especificar en lo posible (2) la "cuartía de la diligencia" que de modo normal puede ser esperada y exigida (3).

Y es precisamente aquí como se indicaba, donde el problema revierte en términos semejantes a los descritos al hablar del rendimiento normal.

La diligencia que como punto inicial es fijada para el cálculo de la prima no puede ni debe ser averiguada con una abstracción tal que prescinda de cómo se desarrolla y ejecuta de manera normal y habitual una determinada actividad, todo lo que pone otra vez de manifiesto la relevancia de la llamada a la costumbre.

Así, si se contempla la calidad del trabajo, la frecuente existencia de faltas defectos o errores que comete el trabajador, tiene como lógica consecuencia el que no se pueda ya hablar de un rendimiento "aceptable", "conveniente" o "razonable". La propia observancia de la praxis laboral es la que

en primer término, de forma repetida y constante, manifiesta qué grado de calidad del trabajo sea - la normal o habitualmente debida para poder hablar de un rendimiento adecuado.

Tampoco, e inversamente, se puede hablar de un rendimiento adecuado, cuando las faltas o defectos no hagan en absoluto acto de aparición, porque un -- perfeccionismo tal en la ejecución del trabajo -- contradice la propia realidad que constantemente muestra las oscilaciones y fluctuaciones a que - - aquel se ve sometido en base precisamente a las características propias de la naturaleza humana del trabajador. Un rendimiento adecuado no tiene cabida en este último supuesto donde claramente se ve rebasado aquel rendimiento habitual, ni tampoco en el anterior examinado donde el rendimiento queda - por debajo del normal esperado y exigido.

Estos supuestos y otros (4) muestran también para las manifestaciones que de la diligencia ahora se contemplan, la existencia de un grado intermedio nacido de la propia práctica laboral, de su permanencia en el tiempo, la constancia social en la - manera y modo de cómo habitualmente se trabaja.

Este punto o grado intermedio, que no se oculta -- afectado de una cierta indeterminación, podrá ser tenido en cuenta en mayor o menor grado por los - técnicos en análisis y valoración de tareas (5), pero en modo alguno puede ser ignorado.

La propia contemplación de la dinámica de la prestación en el marco de la empresa que muestra ya de - por sí como se desarrolla habitualmente una actividad, así como el hecho -al que de nuevo se debe hacer aquí referencia- de que los propios trabajadores conocen cual es el rendimiento normalmente debido, no suele dejar prácticamente espacio a la -- aparición o existencia de arbitrariedades, conflictos o controversias sobre cual haya de ser el rendimiento adecuado, y correlativamente sobre el establecimiento de primas conforme este se vea rebasado (6).

Por lo demás la propia existencia de las primas prueba que el rendimiento es adecuado y razonable y por lo tanto normal, aún con la presencia de aquellas oscilaciones que siendo innatas a la naturaleza humana del trabajador, repercuten en la efectividad o eficacia de su trabajo, con la producción asimismo de faltas y descuidos que ocasionalmente tienen lugar en la ejecución de la prestación aún con el empleo del debido esfuerzo y atención. La diligencia debida reflejo de un rendimiento normal abarca por consiguiente tanto eventuales oscilaciones productivas como aquellas faltas, descuidos o defectos que eventualmente se producen con motivo de la ejecución del trabajo (7).

(1) Por cuanto que este ha sido fundamentalmente contemplado desde su aspecto cuantitativo, la referencia que ahora se hace sobre las primas, prescinde de aquellas establecidas a la cantidad.

- (2) De todas maneras es de señalar el hecho de que a pesar de la existencia de un cálculo prefijado, este viene en el fondo referido escuetamente a - un dato fáctico: el número de errores, faltas o defectos producidos, no sin embargo a la propia medición o determinación de la diligencia en sí. Piénsese por ejemplo en una manifestación concreta de la diligencia: la atención o el cuidado que debe observar el trabajador en su trabajo. No se puede medir el grado de atención del trabajador, diciendo por ejemplo que este ha trabajado con un 50, 60 ó 70% de atención. Porque el 100% de atención no existe, o cuando menos, no es fácticamente apreciable: se pudo producir la falta aún estando el trabajador atento, o por contra no se produjo a pesar del descuido del trabajador, y - todo esto por una serie de circunstancias que se interfieren en la personalidad del trabajador de muy difícil o imposible apreciación. De la misma manera no es factible graduar o expresar en porcentajes la atención del trabajador ajustándola - matemáticamente a la intensidad o celeridad con que aquel realiza su prestación: no es posible decir por ejemplo que el trabajador ha ejecutado - su trabajo con un 80% de atención, pero sólo con un 60% de velocidad por lo que su rendimiento final es de un 70%.
- (3) Así, se establecen como se vió, tantos por cien o cronometrajes del tiempo (primas al buen uso de - la maquinaria); número de faltas, reclamaciones - posteriores de la clientela, nivel o características de la cualidad del producto (primas a la calidad); cálculo en porcentajes del gasto o consumo de energía y materiales necesarios para la ejecución del trabajo con relación a los costes (primas al ahorro) etc. Sobre estas cuestiones puede verse TIMME H. REFA-Nachrichten.H.3.1956 págs.86 a - 91.
- (4) De la misma manera el trato o la utilización de las máquinas y demás medios productivos no es adecuado, cuando en base a un descuido en el cuidado y - entretenimiento de los mismos, se producen averías o perturbaciones con una frecuencia tal que exce-

de de lo normal o habitual. En el otro extremo - supera lo adecuado el trato de los medios de pro ducción de la empresa, cuando por ejemplo su des gaste es mantenido de manera inusual o extraordi naria al mínimo posible. Lo mismo puede decirse en lo referente al buen uso razonable de la ener gía y materias primas necesarias para la ejecu- - ción del trabajo. No puede ser considerado el ren dimiento como adecuado, cuando el trabajador derro cha energía o desperdicia materiales que hubiesen podido ser nuevamente utilizados, o cuando por el contrario obra con tal esmero y escurpulosidad, - que el gasto de energía o materiales se ve reduci do en gran medida sobre aquel que se resulta de - manera normal o usual.

(5) Según se perfeccione o no de manera razonable - - aquello que usual o acostumbradamente es observado.

(6) El hecho de que de alguna manera más o menos precisa se conoce el rendimiento normal, opera como corrector caso de que se establezca un rendimiento que pretenda tener tal carácter; lo que a su vez conlleva a nuevo cálculo o remodelación del sistema de primas, incluso en aquellos supuestos en los que en base a sus peculiaridades especiales al introducir una nueva forma de trabajar, po dría pensarse en la irrelevancia de la conciencia colectiva de como debe ser ejecutado y realizado un trabajo determinado. Piénsese en que realizándose determinados trabajos manualmente, adquiere la empresa máquinas para su ejecución fijándose ya para la nueva situación un rendimiento normal y el correspondiente incentivo a una mayor productivi--dad, así como otros relativos al buen trato de las máquinas, ahorro de energía en su utilización etc. Podría en principio pensarse, que, dado que se -- trabaja ahora de manera inusual y desconocida, los rendimientos y los correspondientes cálculos de - incentivos serían aquellos resultantes únicamente de la estimación que realicen los técnicos en aná lisis y valoración de tareas. Siendo esto cierto, lo es sin embargo sólo relativamente, por cuanto estos rendimientos prefijados, van a quedar de al guna manera pendientes de confirmación posterior. Una vez que los trabajadores comienzan a realizar su trabajo con las nuevas máquinas y transcurre un

cierto tiempo se empieza a crear -porque el trabajo antes novedoso y por tanto desconocido se va transformando en habitual y por tanto conocido-ya en la conciencia comunitaria de los trabajadores cual sea el rendimiento (cuantitativo, del buen uso de la máquina o del ahorro de energía) que de modo ordinario va a ser considerado como normal. Así "se confirma" o no aquel otro fijado en principio en cuanto se pueda considerar coincidente con este. Esto es una muestra de que la costumbre opera y tiene relevancia no solo con anterioridad a la fijación y cálculo de rendimientos e incentivos, sino con posterioridad una vez creados estos, porque aquella fuese o se considerase en mayor o menor grado inexistente.

- (7) Sobre estas cuestiones se vuelve con más detenimiento en págs. 502 y ss.

d) La disminución del rendimiento.

d-1) La posición jurisprudencial.

Altamente polémico y problemático es el hecho de saber hasta qué punto la consideración a la personalidad e individualidad del trabajador determina la exigencia o no al mismo del empleo de su diligencia subjetiva, cuando de esta se derive la consecución de un rendimiento superior a aquel normal o de partida prefijado con carácter general (1).

Nuestro ordenamiento jurídico laboral señala como -justa causa de despido relacionada con la conducta -del trabajador, "la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo" (2). Se -hace preciso examinar si los términos en que se ex-

presa este precepto, conllevan a una afirmación de la subjetividad o bien de la objetividad, así como los límites de su extensión; y posteriormente examinar asimismo el fundamento jurídico que presta apoyo a una u otra interpretación de la dicción -- del precepto.

Nuestra jurisprudencia ha ido matizando en numerosas sentencias la interpretación práctica adecuada de lo que debe entenderse por disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal en el trabajo.

Una importantísima sentencia de la Sala VI del TS - de 30 abril 1976 (r.a.núm.3231), ha recogido de manera clara y tajante la postura que nuestros tribunales de justicia han ido adoptando en orden a la interpretación con que debe ser enjuiciado el polémico y complejo apartado f) del art. 77 LCT. Por su relevancia y transcendencia se señalan aquí los -- principios y razonamientos contenidos en su considerando cuarto.

"La causa de despido del art.77, ap.f) de la LCT, - conforme la define el legislador, consiste en la -- disminución del tendimiento normal del trabajo (3), voluntaria y continuada, concepto que la jurisprudencia ha perfilado..., partiendo de que el art.60 de dicha Ley señala como deberes primordiales del - trabajador la diligencia en el trabajo confiado y - la colaboración en la buena marcha de la producción. y tratando de precisar el alcance de tal deber de diligencia y colaboración estima que ha de medirse por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador; (4) exige

que concurren, conjuntamente, las dos condiciones de "voluntaria" y "continuada" que hayan causado - una efectiva disminución en el rendimiento del trabajo; (5) refiere, (siempre con mención al art.77 - f) LCT), el "rendimiento en el trabajo" al esfuerzo de todo orden que el obrero pone en él y a la utilidad en el mismo, fija cuál es el "rendimiento exigible" al trabajador, que no es el "rendimiento mínimo legal" establecido para determinar la aptitud del obrero, sino el "rendimiento normal" a que expresamente se refiere el repetido ap. f), estima que por tal debe entenderse el que de modo ordinario alcanza-
ba el trabajador en precedentes períodos de tiempo e
idénticas condiciones de trabajo (6), exigible conforme al art.64 de la misma Ley, -o sea, el que "marquen las leyes, la reglamentación de trabajo, el contrato, y, en su defecto, los usos y costumbres"- , (7) y para determinar si existe o no "disminución de rendimiento", ante la necesidad de contar con un término comparativo, acude al rendimiento anterior del --
mismo trabajador, si fuese conocido, así: si realizó su cometido en número muy inferior al promedio - normal o muy reducido, notoriamente menor del que podía haber realizado, si los trabajadores tenían - facultades para rendir mucho más en su trabajo, como lo hicieron en período de tiempo anterior, hasta que lo disminuyeron notablemente, y si los resultados - son nulos patentizan falta absoluta de actividad (8), y cuando no hay medio de comparación propio, entien-
de que es el rendimiento que normalmente y en el mis-
mo tiempo realizara otro trabajador, así, si queda - por debajo del fijado por la empresa y que alcanza-
ron sin dificultad otros operarios de su misma sec-

ción de inferior categoría, o utiliza como término de comparación el trabajo normal propio y el de -- los demás compañeros de trabajo, como en el llamado "trabajo a ritmo lento" (9), el término "voluntaria" le ha entendido como voluntariedad o intención en la actitud, conscientemente, o falta de celo en el desempeño del cometido laboral (10)... y el de "continuada" como persistencia de la conducta en el tiempo o reiteración de un comportamiento, es decir, que no es ocasional, accidental o momentánea, sino que duró cierto período de tiempo, revelador de esa continuidad (11), exige que la empresa acredite todos los elementos integrantes de la causa de despido -voluntariedad y continuidad en la conducta del trabajador y disminución del rendimiento- para que el despido sea estimado (12), y que el trabajador pruebe la causa exculpatoria o justificativa de su falta de rendimiento, so pena de despido - (13); y reitera la diferencia existente entre "falta de aptitud para el trabajo" y "falta de rendimiento en el trabajo" como causas justas de despido distintas" (14).

-
- (1) La cuestión se sustancia en definitiva en términos paralelos a los expuestos al hablar de la diligencia debida en trabajos remunerados a tiempo, no obstante con una diferencia o matización importante: - mientras que allí se planteaban serias dudas conforme al supuesto concreto en orden a la "retención" o "congelación" por el trabajador de su esfuerzo personal subjetivo, por cuanto que este podía considerarse no suficientemente remunerado, ahora -y prescindiendo de la problemática de cesación colectiva del trabajo por reclamaciones salariales u otras causas- el esfuerzo personal del trabajador va a ser -- siempre remunerado.

(2) art.77 f) LCT y art.33 e) del DLRT 4 marzo 1977.

(3) Lo subrayado, figura resaltado en "negrilla" en el texto de la sentencia recogida por Aranzadi.

(4) En el mismo sentido cita la sentencia, las STS 17 febrero 1964, 22 octubre 1966 (esta, que se expresa en términos casi iguales a la que aquí se comenta, al hablar asimismo de la diligencia debida del art.60 LCT conforme a la especialidad habitual, y a las facultades y peculiaridades del trabajador; facultades, señala, "que en el presente caso tenían los productores para rendir más, como así lo hicieron, hasta que...lo disminuyeron sin causa que lo justifique..."); 26 junio 1974.

Otras muchas pueden ser asimismo traídas a colación. Así las STS 20 diciembre 1967 (la disminución voluntaria del rendimiento implica una "falta de celo"); 30 enero 1969; y las STCT 6 febrero, 6 julio, 10 octubre 1971; 1 mayo, 26 noviembre, 26 mayo 1973 (señalando esta última que en todo caso los trabajadores vienen obligados al deber de diligencia que determina el art.60 LCT, lo que tipifica el art.77 f) LCT).

(5) En el mismo sentido mencionan las STS 19 diciembre, 21 abril, 8 octubre 1973, y 6 julio del mismo año, recogiendo esta última en términos claros la exigencia de concurrencia de los tres requisitos. Faltando la "voluntariedad", la disminución continuada del rendimiento en el trabajo, no puede verse como contenido del ap. f) del art.77 LCT.

(6) El interesante supuesto que dió lugar a la STS 4 - de octubre 1968 (Sala IV), señala que "debe entenderse como rendimiento normal el que viene obteniéndose ordinaria y continuadamente, sirviendo de norma o tipo en iguales circunstancias" (en sentido semejante la STS 30 junio 1976).

- (7) En el mismo sentido citan en su apoyo las STS 24 octubre 1964, 22 octubre 1966. Señala la primera que: "si no consta cual es el rendimiento que normalmente debe obtener un productor en su tarea, debe entenderse como tal rendimiento normal el que de modo ordinario alcanzaba el productor en precedentes - períodos de tiempo e idénticas condiciones de trabajo que es de suponer se ajustará a los usos y costumbres que lo refieran y cuyo rendimiento es el -- exigible a tenor del art.64 LCT pf.1 "in fine". La segunda se expresa en los términos siguientes: "El rendimiento normal a que se refiere el ap. f) del art.77 LCT debe entenderse que es el que normalmente y en el mismo tiempo realiza otro trabajador, - siendo esto así, cuando no hay medio de comparación propio, pues habiéndolo, por ser conocido el rendimiento propio anterior, a él habrá de estarse... -- pues el rendimiento mínimo legal se establece a los efectos de determinar la aptitud del obrero...".

La misma línea interpretativa se observa en numerosas sentencias del LCT. Así, la de 27 enero 1970, de clara que, "...la falta continuada y voluntaria (de rendimiento) no viene referida al mínimo rendimiento exigible según sistema de control que aparece re basado, sino al "normal" que es que venían obteniendo anteriormente..."; y la de 25 febrero 1975 señala que: "...el rendimiento a que se refiere el citado apartado (el f)) del art.77, es el que normalmente se alcanzaba con anterioridad, sin referencia en concreto ni al mínimo, normal y óptimo que se se ñale en las Ordenanzas, es decir, el efectivo y -- real que se venía obteniendo..." (en el mismo sentido a las dos sentencias mencionadas las de 6 febrero, 6 julio, 10 octubre 1971; 6 febrero, 6 junio y 10 octubre 1973).

- (8) Recoge en el mismo sentido las STS 17 febrero 1964, 22 octubre 1966, 2 abril y 8 junio 1971. Otras en las que se declaró despido procedente por disminución de rendimiento tomando como criterio comparativo el anterior del propio trabajador: STS 13 mayo 1957 (el trabajador que venía realizando con normalidad 28 vulcanizaciones, realiza durante 12 días - solamente 17. Semejante la STS 12 abril 1958, aunque el trabajador rebasaba ligeramente los mínimos establecidos, rendía sin embargo en cuantía muy inferior a lo que antes producía). La STS 8 junio 1971

que cita la que arriba en el texto se comenta, declara asimismo procedente el despido, porque el trabajador representante realizó las visitas propias de su cometido en número muy inferior a su promedio normal. La STS 30 junio 1976, declara también procedente el despido del trabajador, porque este, -- "vino obteniendo un rendimiento inferior al 20 por 100 del que anteriormente obtenía...". En cuanto al TCT, pueden verse entre otras las de: 28 diciembre 1971 y 26 mayo 1973, ambas referidas a la disminución del rendimiento del trabajador con rela--ción al que anteriormente venía este obteniendo según el sistema Bedaux; 20 mayo 1975: "...habiendo días en que (el trabajador) llegó a 90, 92 y hasta 97, (puntos), en los demás sólo en uno sobrepasaba los 80, y en alguno queda hasta en 36,42,60 etc..." En cuanto a la falta absoluta de actividad que la sentencia comentada en el texto menciona, la de 20 mayo 1976 declara procedente el despido porque:"... no existe mayor disminución voluntaria y continua--da en el rendimiento que no producir nada durante el período de tiempo que se contempla...".

- (9) En el mismo sentido las STS que cita de 19 diciembre 1964 (trabajador que rendía bastante menos que sus compañeros de trabajo, no alcanzando el rendimiento fijado por la empresa, alcanzándolo no obs--tante y sin dificultad los demás compañeros de trabajo); 22 octubre 1966; 26 diciembre 1969 (el trabajador rendía menos que la normalidad de sus compañeros de trabajo); 6 marzo 1972; 21 abril 1973.-- Semejantes que pueden ser aquí mencionadas, las - STS 14 abril 1957 (el trabajador empleaba en des--cargar un camión casi el doble de tiempo que - - normalmente se solía emplear en esta actividad); 16 diciembre 1957 (mientras que un equipo de productores rinde una producción inferior a 625 parrillas, otro equipo sustituto, dobla la producción); 29 febrero 1960 (el trabajador redujo su producción al 40% de lo que un trabajador de su categoría y conocimiento suele realizar); 14 febrero 1961 (trabajador que durante determinados meses realizó en su - trabajo un total de piezas inútiles del 41,75%, del 39,99% y del 48,68%, mientras que el porcentaje medio de piezas inútiles producidas por los demás -- trabajadores es del 6%); 18 febrero 1965 (el rendimiento del trabajador es de un 62% del de un opera

rio de su misma categoría); 21 marzo 1967 (el rendimiento alcanzado por el trabajador, era bajo en comparación con el conseguido por otro trabajador en el mismo trabajo y circunstancias). En cuanto a las STCT pueden verse entre otras la de 9 julio -- 1973 (se mide el rendimiento del trabajador con el de otros trabajadores en su mismo puesto y condiciones); 27 febrero 1975 (se disminuyó el rendimiento que se venía obteniendo en un 20% con carácter de -- promedio general para la plantilla); 10 junio 1976 (se disminuye el rendimiento en un porcentaje tal, que otros operarios en iguales circunstancias y -- condiciones de trabajo lo realizaron en proporción notablemente superior).

La comparación es asimismo posible, y por consiguiente la determinación de cuando el trabajador disminuye el rendimiento normal, aunque no se sepa o no se conozca de manera expresa, porque no consta así -- cual sea el rendimiento mínimo exigible al trabajador, lo que posee especial relevancia para los trabajos remunerados a tiempo. Así ya la STS 6 noviembre 1956 (v.asimismo la de 24 octubre 1964 ya citada) señala que, "la falta de rendimiento no exige -- una disminución especial que puntualice cual haya -- de ser el rendimiento mínimo del trabajo de cada -- obrero, pues basta que la pasividad o falta de diligencia y actitud del que lo presta, determina en la empresa el convencimiento de la disminución del rendimiento normal"; y la de 30 junio 1976: "...pues -- el hecho de que no conste en el proceso cuál fuera el rendimiento mínimo exigible... no empece a la -- realidad de la falta, que por su gravedad queda subsumida en el supuesto legal aplicado (art.77 f) LCT) ...ya que como rendimiento normal, debe entenderse el que viene obteniéndose ordinaria y continuadamente...", (v.también en este sentido el interesante supuesto contemplado en la STS 21 abril 1976, sobre la disminución del rendimiento normal de un profesor de enseñanza). Igual postura adopta la jurisprudencia del TCT. Así la 11 julio 1972 (se compara el rendimiento del trabajador con el rendimiento de uso local o profesional dadas las mismas condiciones y circunstancias de trabajo); 5 febrero 1975 -- (el trabajador trata de impugnar el hecho de que el Jefe de taller de la empresa le había llamado repetidamente la atención "por su pésima conducta laboral, pues no realizaba el trabajo en el tiempo normal sino que lo prolongaba exageradamente", alegando el trabajador en apoyo de su pretensión, "que se

gún se desprende de los recibos de salarios unidos a los autos, en lo relativo a los complementos de salarios por calidad o cantidad de trabajo bajo las casillas de "incentivos" o "actividad" no figura - cantidad alguna que corresponda al rendimiento dado por el pinche que ahora demanda, por lo que si no existe, mal se puede hablar de una disminución voluntaria y reiterada de tal rendimiento por lo - que habrá que entender que el mismo es el mínimo. Ni aquellos recibos de salarios, ni este razonamiento pueden servir de base para modificar los hechos que la sentencia declara probados, porque de los - mismos se desprende dados los términos en que se - hayan redactados, que el actor con su pésima conducta laboral, no realizaba el trabajo en el tiempo - normal, es decir, no alcanzaba el rendimiento mínimo exigible..."; 20 mayo 1975: "...olvida el recurrente (el trabajador que ha argumentado que no se ha acreditado voluntaria disminución del rendimiento al no utilizarse módulos oficialmente aprobados) que esta causa de despido (la contemplada en el -- art.77 f) LCT) puede concurrir y apreciarse incluso en tareas no medidas ni sujetas a módulos retribuidos a prima, pues se trata de la actividad y - eficacia personal de cada operario, es decir, que independientemente y excluido todo motivo ajeno a su voluntaria actuación, su trabajo disminuye y su rendimiento decae por su parcial pasividad".

- (10) En el mismo sentido las STS que menciona de 19 diciembre 1964; 18 febrero 1965; 20 diciembre 1967; 28 noviembre 1970 (en esta se señala que "es nota esencial de la cláusula de despido aquí comentada la "voluntariedad" (o intención) y, por tanto, para ser aplicada debe constar el referido elemento subjetivo..."); 6 marzo 1972; y 22 junio 1973.

La exigencia de intencionalidad en la actitud del - trabajador es pues requisito indispensable para que opere la causa de despido del art.77 f) LCT. Así la STS 17 octubre 1955, ha declarado improcedente el - despido por cuanto, "el jugar el trabajador en el - tiempo que no podía dedicarse al trabajo por falta de corriente no es una falta tan grave como parece..". Como reflejo de la voluntariedad en la conducta ob

servada por el trabajador se suele acudir a la falta de justificación de la misma. Así la trabajadora disminuyó su rendimiento "sin motivo alguno que lo justifique" (STS 24 diciembre 1964); o, "vino obteniendo un rendimiento inferior...sin causa que lo justifique" (STS 30 junio 1976); lo alegado por el trabajador "no justifica suficientemente la disminución del rendimiento imputado por la patronal, por lo que lógicamente lo estima voluntario, al no haber otras razones que abonen esa conducta..." (STCT 22 febrero 1975); "...respecto a la voluntariedad... no aparece en forma alguna causa ajena a ella que pueda amparar dicho bajo rendimiento..." (STCT 2 mayo 1975); los trabajadores han disminuído su rendimiento, "sin que se haya justificado la causa de ese bajo resultado, que no puede atribuirse sino a la exclusiva voluntad..." (STCT 10 junio 1976).

- (11) Semejantes las STS que recoge de 22 junio, 6 julio y 8 octubre 1973; 19 diciembre 1964; 18 febrero - - 1965; 26 diciembre 1969; 6 julio 1973; 4 mayo 1964; 22 octubre 1966; y 20 diciembre 1967.
- (12) También las STS que cita de 21 abril y 6 julio 1973; 7 febrero 1974; 18 abril y 19 junio 1975. Entre - - otras que también pueden consultarse, las STCT de - 28 febrero, 6 diciembre, 11 diciembre 1975; 11 marzo, 1 julio, 6 noviembre 1976.
- (13) Con apoyo en las STS que recoge de 17 febrero 1964; 2 abril y 8 junio 1971. La de 2 abril 1971 señala, que la disminución del rendimiento puede quedar exculpada, probando que el productor puso de su parte la actividad profesional a que venfa normalmente -- obligado sin obtener el adecuado rendimiento por -- causas totalmente ajenas a su voluntad; v.asimismo las STCT 2 mayo, 22 febrero 1975.
- (14) Entre otras las STS 22 octubre 1966; 26 noviembre - 1970; 26 junio 1974; 18 abril 1975. Numerosas sentencias hacen distinción teórica, sin que no obstante consigan -dada la dificultad de las característi

cas del caso concreto- aplicarla al supuesto debatido. Así por ejemplo la STCT 12 marzo 1976: "... los hechos probados nos presentan a un operario - que bien porque no "quiere", bien porque no "puede", ni siquiera alcanza el 50% del rendimiento - mínimo exigible, y es correcta la conclusión...de que, o por el ap. f), o por el ap. d) del art.77 de la LCT, es decir, o por voluntaria y continuada disminución del rendimiento, o por ineptitud, - el operario incurre en justa causa de despido...". STCT 8 julio 1976: "...no se ha realizado ninguna venta, sin demostrar la existencia de causa alguna que impidiese un resultado positivo, con lo que bien por ineptitud, bien por disminución voluntaria del rendimiento... según fuese debida a falta de habilidad o a la intención del actor, el despido será procedente". (v.págs.312 y ss.; 316 y ss. de este trabajo).

d-2) Juicio crítico.

El rendimiento normal a que hace referencia el art. 77 f) LCT se configura por tanto, y en opinión de nuestra Jurisprudencia, en base a la obligación -- que a tenor del art.60 LCT asume el trabajador de trabajar diligentemente, que es lo que precisamente tipifica el ap. f) del art.77, entendiendo por tal el que de modo ordinario y habitual venía alcanzando el trabajador hasta el momento en que comienza a producirse su disminución (1).

Esto entendido, cuando tal rendimiento se conoce y puede precisarse. Si no ocurre así, por no existir medio de comparación propio referido al trabajador en cuestión, se entiende por rendimiento normal - - aquel que de ordinario, sin gran esfuerzo o dificultad otro trabajador o trabajadores, bien ocurra esto con ayuda de rendimientos medidos, bien con el -

apoyo en la costumbre local o profesional, o del uso de empresa; todo lo que confirma, como con anterioridad se vió, la dificultad de apreciación -- del comportamiento humano posible, y la correlativa necesidad de acudir en cierto modo a un proceso objetivo de abstracción para valorarla.

El rendimiento normal, concebido en los términos expuestos, debe ser "disminuído" en tal grado, que del supuesto concreto, pueda ser razonablemente de ducido que no se está ante un mero caso de oscilación o fluctuación en la capacidad productiva del trabajador, presunción a la que ayuda la exigencia de que aquella disminución sea "continuada", térmi no este último que debe interpretarse más en el sen tido de una "persistencia" o "reiteración" (2) que en el de su mera frecuencia, aparición o repetibilidad (3); y aquella otra de que la disminución pue da ser reputada "voluntaria", en el sentido de ser "intencionada", "consciente" o "injustificada" (cu ya prueba en contrario corresponde al trabajador), exigencia esencial, son la que no puede imputarse al trabajador la disminución del rendimiento habitual, como causa de despido disciplinario, y que por consiguiente es la que distingue este, de aquellos otros que implican una ineptitud del trabajador (4).

La posición de nuestra jurisprudencia (5) muestra de una manera clara el apoyo y afirmación a la sub jetividad de la diligencia del trabajador. Este -- queda obligado a mantener y no disminuir su rendimiento personal cuando su aptitud y capacidad así lo hagan factible (6).

El fundamento reside en primer término en la propia interpretación de la diligencia asumida contractualmente (7). El contrato refleja no sólo un rendimiento de carácter general exigible a todo trabajador que marca la frontera de la aptitud, sino también aquel otro exigible a cada trabajador en consideración a su personalidad (8). Con la celebración del contrato se debe reconocer al empresario el que pueda esperar y confiar del trabajador, la obtención de un rendimiento superior al fijado inicialmente como "de partida" cuando su consecución le sea a este posible. Asimismo con la celebración del contrato, la voluntad contractual del trabajador no debe verse únicamente encaminada a la mera obtención del rendimiento de partida, sino a manifestar su deseo en el sentido de estar dispuesto a alcanzar aquel rendimiento que a él le sea asequible para, y como equivalente, obtener una mayor remuneración (9).

El interés descrito del empresario y la mayor predisposición del trabajador, tendente a obtener un mayor rendimiento del fijado inicialmente deben considerarse por tanto elementos connaturales inmersos en el contenido del contrato, aunque no venga señalados de manera expresa (10).

Bajo las consideraciones expuestas puede de nuevo afirmarse el hecho de que se pueda esperar del trabajador aquel rendimiento que se corresponda con su aptitud y capacidad, por lo que pasado un tiempo --prudencial y razonable de adaptación del trabajador

a su tarea, que muestre ya por este, la obtención de un rendimiento mayor al inicialmente fijado (11), debe poder confiar el empresario en que el trabajador mantendrá el rendimiento alcanzado, por lo que su disminución injustificada supone un incumplimiento contractual que lesiona la buena fe debida y no observada por el trabajador del art. 1258 CC (12), por cuanto aquella, "implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían preveer (13). La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto que sólo pueden ser ejercitados en la medida en que este ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio con el comportamiento anterior" (14).

El cambio de actitud o comportamiento, materializado aquí en el hecho de que el trabajador disminuye su rendimiento habitual, no puede venir jurídicamente protegido, por cuanto debe reputarse contrario al comportamiento que de buena fe debe exigirse y esperarse en el tráfico jurídico laboral (15) al lesionar la confianza (16) que la actitud anterior del trabajador haya podido producir en el empresario (17). Las consideraciones expuestas encuentran confirmación legal en el juego conjunto de los arts. 1258 CC, 60, 61 y 64 LCT: el trabajador debe cumplir la obligación de trabajar asumida en el contrato - no sólo conforme a las leyes y a lo expresamente pactado, sino también de acuerdo con aquello exigible conforme a la buena fe, mediante el empleo y - aplicación de sus facultades y aptitudes haciendo

buen uso de su tiempo de trabajo (18).

La exigibilidad de la diligencia subjetiva-personal del trabajador, queda así de nuevo afirmada, con base en el propio espíritu contractual, al igual a - como se ha venido haciendo a lo largo de este trabajo, si bien su formulación general debe ser aquí también adaptada en lo posible a la dinámica real de la concreta relación de trabajo.

La diligencia debida del art.60 LCT que modaliza - las obligaciones asumidas por el trabajador incorporándose de esta manera al contrato, constituye el fundamento, así como el criterio de enjuiciamiento o valoración del rendimiento exigible al trabajador, o, expresado en términos contrarios, de la imputación al mismo de su disminución. La imputación al trabajador del hecho fáctico de la disminución continuada de su rendimiento habitual tiene o no - lugar por consiguiente, según se haya o no producido bajo la lesión e inobservancia de la diligencia debida. El problema se traslada pues, como con anterioridad se anunciaba, al exámen de la voluntariedad, o lo que es lo mismo al propio de las causas que pueden justificar un comportamiento tal del trabajador.

Las causas justificativas de la disminución del -- rendimiento han venido reconduciéndose de manera - genérica a dos fundamentales: una conexionada directamente con la persona del trabajador, la disminu--

ción de su capacidad productivo-laboral; la otra, relacionada sólo de manera indirecta con el mismo, la defectuosa organización de la producción en la empresa (19).

Por lo que respecta a la primera (20), la estimación de la voluntariedad en la disminución del --rendimiento viene deducida o averiguada de manera negativa: al no hacer aquella acto de aparición se presume que la disminución es voluntaria sin que --por lo tanto se esté enjuiciando directamente la --existencia o no de una intencionalidad o animosidad en el comportamiento del trabajador (21). Las posibles causas que deducidas de la genérica relativa a la disminución de la capacidad productivo-laboral del trabajador, pueden justificar la disminución del rendimiento habitual hay que buscarlas en la interpretación de las propias motivaciones que han determinado la actitud o decisión en aquel de alcanzar un rendimiento mayor al inicialmente fijado, a fin de obtener una correlativa mayor remuneración.

La voluntad del trabajador determinante de una mayor predisposición para la ejecución de su trabajo, viene motivada en primer término por un deseo de --obtener una mayor ganancia. El propio incentivo --económico constituye de por sí un estímulo poderoso a un mayor rendimiento. La proporcionalidad inicialmente fijada entre esfuerzo y remuneración, ha estimulado al trabajador por considerarla adecuada

hasta un punto tal, en el que obtiene de manera habitual un determinado rendimiento, lo que hace ya confiar al empresario en una determinada capacidad productiva del trabajador, que sin producirle daño a su salud, le proporciona a la vez la base económica para el establecimiento de unas condiciones materiales de existencia para él y su familia.

Surgen así tres componentes -estímulo salarial, capacidad productiva desplegada por el trabajador que esté en consonancia con la conservación de su salud, y referencia a la dimensión del trabajador en su esfera privada- que junto con la confianza originada en el empresario en base al propio comportamiento del trabajador de que este obtiene regularmente un determinado rendimiento, constituyen la base fundamental para valorar o enjuiciar cuando pueda reputarse "voluntaria" o "injustificada" la disminución por el trabajador de su rendimiento habitual, o inversamente expresado, cuando pueda decirse que disminuído el rendimiento habitual, esté tal disminución justificada por "diligente".

El incentivo económico estimula la diligencia del trabajador, alcanzando así este la obtención de un rendimiento habitual, todo lo que no es sino reflejo de una determinada actitud o predisposición - (Arbeitswille) (22) que el trabajador adopta ante la relación de proporcionalidad entre salario y --rendimiento, que él, de acuerdo con su aptitud y capacidad ha juzgado correcta o conveniente. Si se produce una alteración de las circunstancias en el

sistema retributivo establecido (23), hay que pensar y contar con la posibilidad de que, aún conservando el trabajador su aptitud y capacidad anterior, cambie sin embargo su predisposición para el trabajo, lo que correlativamente tendrá influencia en - la cuantía de su rendimiento personal, aunque los demás compañeros de trabajo, puedan reaccionar de manera distinta (24).

Si la configuración del sistema retributivo ante--rior determinó en el trabajador una línea de com--portamiento (materializada en un mayor rendimiento) que suscitó la confianza del empresario en que esta sería mantenida, y ahora se está ante una diferen--te que motiva un cambio en la predisposición del trabajador -por cuanto que juzga ya con una óptica distinta la proporcionalidad entre esfuerzo y remunera--ción- la coherencia del comportamiento anterior - - (mantener aquel rendimiento habitual), debe reputar--se inexigible por la propia inexistencia de los mismos presupuestos que la motivaron, todo lo que con--secuentemente determina el que ya no deba verse protegida la originaria o primitiva confianza del em--presario, porque este no puede esperar igual compor--tamiento del trabajador ante situación y circunstan--cias distintas que han operado o producido un cam--bio en su inicial actitud y predisposición para el trabajo (25). Un cambio tal que en principio justifica la disminución del rendimiento, puede sin em--bargo contravenir la diligencia debida del trabajador, al reflejar una conducta que no guarda propor--ción con el cambio de circunstancias que motivaron

el correlativo de su actitud; es decir, cuando esa falta o merma de la predisposición rebasa en gran manera aquello que razonablemente pudiera ser exigido y esperado, aún contando con el decaimiento del estímulo del trabajador (26).

Por otra parte la consideración a la personalidad e individualidad del trabajador en relación con el carácter de tracto sucesivo de la relación de trabajo, lleva no sólo a admitir, sino también a esperar fluctuaciones en su propia capacidad productiva, por cuanto no siendo una máquina sino persona humana, no puede serle exigido una línea rígida y permanente a su nivel de rendimiento. Las oscilaciones que por tanto se producen son de tener en cuenta sin que en principio quepa posibilidad alguna de imputar al trabajador aquella ocasionante de una baja en su rendimiento, porque tal situación entra de lleno en su actuación diligente.

La cuestión no estriba por tanto en decir que porque tenga lugar una disminución del rendimiento habitual por la aparición de fluctuaciones en la capacidad del trabajador y en base a estas la disminución esté justificada, sino que aquellas deben verse por contra incluidas o inmersas en la propia naturaleza del rendimiento habitual. Por consiguiente la línea coherente en el comportamiento del trabajador que suscitó la confianza en el empresario en que aquel proseguiría en el futuro su conducta anterior (mantenimiento de un determinado nivel de rendimiento), no queda destruida ni siquiera aminorada con la aparición de tales oscilaciones, porque

el estado de confianza originado en el empresario, al haberse fundado precisamente atendiendo a las - facultades individuales y peculiaridades del trabajador, ha incorporado ya desde su inicio aquellas fluctuaciones en su rendimiento.

La práctica muestra sin embargo -fuera de los supuestos evidentes de disminución de capacidad- la dificultad en apreciar cuando las oscilaciones en la capacidad productiva del trabajador son "diligentes" en el sentido expuesto, o, por contra, -- cuando las mismas dejan de tener tal carácter, por ser reflejo de un comportamiento o actuación negligente del trabajador. La dificultad aludida trata de ser paliada en la práctica, a través de los diversos criterios comparativos que la Jurisprudencia ha venido utilizando como se vió, para así enjuiciar si el trabajador ha observado o no la diligencia que conforme al caso concreto era de exigir, todo lo que en definitiva no muestra sino la necesidad de recurrir a un proceso de abstracción de la conducta subjetiva del trabajador, como una de las múltiples manifestaciones de la tensión hacia lo objetivo de la diligencia como en su lugar se indicó (28).

Lo que ahora se contempla es un comportamiento del trabajador en tal manera contradictorio con el suyo anterior, que provoca una disminución del rendimiento, que no se deja entender ni siquiera con - ayuda de las oscilaciones normales o habituales de la capacidad productiva del trabajador (29), lo --

que hace, quede injustificada la disminución de su rendimiento por reputarse su actuación negligente.

Sin duda donde el problema de la disminución del rendimiento se presenta con mayor complejidad, es en aquellos supuestos, en donde la falta de la -- predisposición del trabajador, viene motivada o -- ubicada de manera directa en su esfera privada -- personal. Si en definitiva son las circunstancias de su vida o de la de su familia uno de los motivos más poderosos que determinan en el trabajador la -- consecución de un mayor rendimiento, hay consecuentemente que pensar que el cambio de aquellas, puede proporcionar de alguna manera la justificación para que el trabajador adopte de aquí en adelante una actitud menos activa en cuanto a su rendimiento personal, disminuyendo así, pese a que podría seguir obteniéndolo, su rendimiento habitual anterior. Lo que en el fondo, aquí subyace es el establecer una conexión razonable entre el deber del trabajador de mantener su capacidad productiva, de modo que, y conforme a la buena fe, pueda cumplir las obligaciones asumidas contractualmente, y el respeto y protección a la libertad y desarrollo de su personalidad en su esfera privada, cuestiones -- que son examinadas en el último capítulo de este -- trabajo.

Bajo las consideraciones expuestas puede afirmarse que el trabajador viene obligado contractualmente a no disminuir su rendimiento habitual, cuando conservando su inicial predisposición en base al -- sistema retributivo, sea efectivamente capaz de -- mantenerlo sin daño a su salud, y no se perjudique o coarte de manera inequitativa o injusta la pro--

tección a la libertad y el desarrollo de su personalidad en su esfera privada. La modificación en mayor o menor grado de alguno de estos presupuestos, bien sea de manera aislada, bien conexionados entre sí, puede dar lugar a la disminución del --rendimiento aún pudiendo el trabajador obtener uno mayor, siempre que sea factible considerar que tanto la disminución en sí, como el grado o la altura con que la misma se produce, no contradicen el cumplimiento de la obligación conforme a la buena fe por ser acordes con el espíritu contractual que --dió lugar al establecimiento de la relación de trabajo. Es así como, y paralelamente al Derecho Común, "la actitud del que confiere una garantía, una seguridad (garantía y seguridad entendidas aquí en el sentido de que el trabajador debe mantener su --rendimiento habitual y no disminuirlo injustificadamente), no supone en el fondo una conducta controlable con una medida de diligencia (puesto que como se vió, puede el trabajador según los casos --disminuir su rendimiento aunque siga capacitado para mantenerlo), sino una actitud valorable con una medida de buena fe".

- (1) El rendimiento "normal" viene así concebido e interpretado no en sentido en que con anterioridad ha sido examinado (v.págs. 434 y ss.), sino en aquel otro reflejo del rendimiento "habitual" del trabajador, lo que no impide que aquel rendimiento normal en los términos que veíamos y este habitual o normal puedan coincidir de hecho en la práctica.

- (2) "Es preciso que la disminución del ritmo de la prestación de trabajo sea continuada, es decir, que signifique un comportamiento o actitud reiterada de frau de y no un acto momentáneo, pasajero, que se produce una vez aisladamente" (PEREZ BOTIJA. El Contrato... - ob.cit.pág.250).
- (3) Por cuanto la sola continuidad, indica meramente que la disminución se prolonga, lo cual puede ser producto de oscilaciones o fluctuaciones, o por contra puede ser indicativo de un actuar negligente.
- (4) Si bien como se vió (v.pág. 482 nota nr.14) existen supuestos que no siendo propiamente constitutivos de la causa f) del art.77 LCT, tal como este ha venido interpretándose, tampoco lo son propiamente constitutivos de la ineptitud, y que, sin embargo, a causa - de la falta de norma legal aplicable, han venido incardinándose de forma asistemática e indiscriminada en una u otra causa.
- (5) Idéntica postura adopta asimismo la Jurisprudencia - alemana, por lo que basta aquí hacer mención de la - st. del BAG 20.3.1969 (en DB pág.1154, o en BB 1969 págs.796 y 797), recurridas siempre en el derecho alemán como modelo o prototipo de la problemática que - aquí y ahora nos ocupa. a la que se refiere y comenta siempre la doctrina en sus manuales o tratados de De- recho del Trabajo.
- (6) En términos paralelos también la doctrina alemana. - (DIETZ/GAUL/HILGER ob.cit.pág.114; HANAU/ADOMEIT.ob. cit.pág.148.I; HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.págs.204-205; NIKISCH ob.cit.I.págs.272, 299, 300).
- (7) v. HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.205.

- (8) Lo que altamente polémico y discutido en la Doctrina, por lo que no es raro observar posiciones completamente dispares. Así, mientras se dice que, "quien puede rendir, determinado porcentaje y no lo hace porque considera que su rendimiento es superior al normal, está infringiendo el contrato firmado y convirtiendo su actuación en dolo" (CARRRO IGELMO. El Despido...ob.cit. pág.289); se afirma asimismo y contrariamente que "...wenn der daher die Disposition über seine eigene Arbeitskraft insoweit behält, so liegt es allein bei ihm, aus welchen Gründen und zu welchem Zweck er seine Leistung vermindern oder erhöhen will. Ob er sich gesundheitlich schonen oder ob er gegen bestimmte Ereignisse protestieren will-das hat der einzelne ausschliesslich selbst zu entscheiden, zumal er auch die materiellen Konsequenzen zu tragen hat". (W.DAEUBLER. Das Arbeitsrecht.1976.pág.178).
- (9) En sentido semejante v.P.KNEVELLS. DB.1970.pág. - 1390.
- (10) Y es esto lo que constituye su verdadera finalidad. El interés del empresario contratante no está en que se alcance sólo el rendimiento inicialmente fijado, sino en que se consiga aquel rendimiento que a cada trabajador le sea posible por encima de aquel. Este interés empresarial inmerso en el espíritu del contrato no puede ser ignorado por el trabajador, porque de lo contrario no tendría sentido el establecimiento de un sistema de remuneración por rendimiento, si se piensa -marginando el objetivo de una mayor productividad- que el trabajador se obliga sólo a obtener el rendimiento normal y no uno mayor cuando pueda, o que obteniéndolo, lo pueda disminuir o rebajar en un grado tal que sería contrario a una razonable y adecuada protección a la confianza y seguridad en el tráfico jurídico empresarial - - "...no pueden rebajar los trabajadores la actividad a la "correcta" cuantas veces quieran pues -llevaría a un caos en el funcionamiento y desarrollo de la empresa con repercusiones en los índices, "stocks", cálculos de mercado etc, que en este aspecto quedarían a merced de los trabajadores, cuyo deber primordial es la diligencia en -

el trabajo según dispone el art.60...diligencia que ha de medirse...por las facultades y peculiaridades del trabajador..." (STCT 6 febrero 1971; v.sin embargo las consideraciones críticas que -- sobre esta sentencia y su sentido hace MARTIN -- VALVERDE en RPS.n.94.1972.págs.255 y 260). Incluso podría irse más allá en estas consideraciones pues probablemente no sería exagerado pensar que la finalidad y el interés único y primordial del empresario que remunera por incentivos, consiste en que se produzcan "más" de lo que con carácter general es fijado inicialmente.

Por otra parte, y bajo tales presupuestos, encuentran sentido las normas sobre la interpretación de los contratos contenidas en los arts.1281 y ss CC, cuya aplicación para la problemática que ahora nos ocupa brevemente se expone. Conforme al -- art.1281.pf.1 CC, la misma praxis laboral muestra que los términos establecidos en un contrato sobre el rendimiento exigible, aún cuando haya sido fijado uno inicial, no son claros y por tanto dejan duda sobre la "intención" de los contratantes, en relación a lo contenido expresamente en el contrato, por lo que según el art. 1281 pf.1 inciso último a "contrario sensu", "no se estará al sentido literal de sus cláusulas".Pero también se ve -- claramente en la práctica, como se expuso, que -- "la intención evidente de los contratantes" (empresario y trabajador) no está en la mera obtención y espera de un rendimiento normal, sino en uno mayor, por lo que a tenor del art.1281 pf.2, debe -- prevalecer esta intención sobre las "palabras" -- aparecidas en el contrato. Esta intención de los contratantes se manifiesta en atención a los actos del empresario y trabajador "coetáneos" a la celebración del contrato (deseo del empresario de obtener del trabajador la mayor productividad -- "posible", deseo del trabajador de obtener la mayor remuneración) así como con los "posteriores" al mismo (obtención por el trabajador de un rendimiento mayor al inicialmente fijado, por el que -- obtiene asimismo una mayor remuneración); siendo estos actos el instrumento principal para juzgar acerca de la intención que tuvieron al tiempo de la celebración del contrato (art.1282 CC). La obtención de un rendimiento mayor al inicialmente -- fijado no supone por tanto ni "cosa distinta", ni "caso diferente" de aquel sobre el que "los interesados se propusieron contratar", por lo que, y a "contrario sensu" del art.1283 CC debe entender

se comprendido dentro de los términos del mismo - contrato. Por último, la observancia práctica de como de hecho es trabajado, muestra como regla ge neral, que todo trabajador aplica a su trabajo, - su personal esfuerzo, aptitud y capacidad, por lo que es indudable que caso de ambigüedad o falta - de claridad en el contrato debe tenerse en cuenta este hecho (art.1287 CC); porque en puridad, na-- die espera de otro que realice un trabajo peor de lo que sabe o de lo que puede; la misma naturale-- za humana es, y ha sido siempre contraria a tal - argumentación.

- (11) La "esperanza" del empresario en que el trabajador obtendrá un rendimiento mayor al inicialmente fi ja do, estando jurídicamente protegida, se encuentra no obstante condicionada en cierto modo por el fac tor temporal: hasta que la propia dinámica de la relación de trabajo no demuestra que el trabajador puede efectivamente obtener un rendimiento mayor al fijado inicialmente, pues de lo contrario se es taría yendo contra la afirmación de que el trabajad or debe efectuar su trabajo conforme a su aptitud y capacidad.
- (12) Buena fe, que no sólo debe verse como mero elemen to o componente del contrato, sino como instrumento que, "gobierna sobre todo, la interpretación - técnica del contrato, siendo precisamente instrumen to para interpretar la norma contractual según su espíritu" (E.BETTI ob.cit.pág.98; v.asimismo - págs. 112-113).
- (13) "La exigencia de un comportamiento coherente signifi ca que, cuando una persona, dentro de una relaci ón jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta ante-- rior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con -- ella. La exigencia jurídica del comportamiento coher ente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza".(DIEZ PICAZO.La Doctrina...ob.cit.pág.142).

- (14) Así DIEZ PICAZO, quien siguiendo a BETTI y LEHMANN, añade que, "todo ello conduce a pensar que la pretensión contradictoria constituye un acto que el - ordenamiento jurídico no puede proteger, un acto - que el ordenamiento jurídico debe reprobado" (La -- Doctrina...ob.cit.pág.245).
- (15) La buena fe, medida que sirve para regular el com-- portamiento del deudor, adquiere mayor intensidad -como indica BETTI- en las relaciones de tracto su- cesivo como es la de trabajo (ob.cit.págs.69 y 116).
- (16) Porque "el contrato de trabajo ha de basarse en el - elemento esencial de la confianza, que, al faltar, - rompe el vínculo laboral en que la relación jurídica se funda" (STCT 13 octubre 1954).
- (17) Todo lo que iría muy probablemente contra la doctri- na del "venire contra factum proprium", porque el tra- bajador contradice ahora con su aptitud la conducta seguida y mantenida con anterioridad, conducta ante- rior que ha tenido por lo demás relevancia jurídica, por cuanto se ha realizado dentro de una determinada situación jurídica, quedando con ella afectada una - esfera de intereses. (v.sobre esto DIEZ PICAZO.ob.cit. págs.197 y ss., y 212 y ss.).
- (18) Lo que no debe llevar a pensar que de esta manera - quedela prestación indeterminada en su cuantía contra- diciendo así, y pretendidamente, el tenor del art. - 64 LCT, pues precisamente los instrumentos legales de determinación que este artículo proporciona (leyes, re- glamentación de trabajo, contrato, y, usos y costum- bres) señalan, cuando menos, y conforme al art.1273 - CC, la determinación del objeto del contrato en cuanto a su especie, y una "cierta" determinación de la can- tidad, que precisamente en base a la consideración -- del diferente comportamiento humano, no puede nunca - determinarse con absoluta certeza, lo que "no es obs- táculo para la existencia del contrato" conforme al - art.1273 del CC, porque la práctica muestra que es po

sible determinarla (precisamente con los instrumentos legales del art.64 LCT entre otros como art. 60, el 61 LCT, el 1258 CC etc.) sin necesidad de nuevo convenio entre trabajador y empresario.

Por otra parte, no puede ser argumentado sin reservas que la determinación de la prestación conforme a la personal aptitud y capacidad del trabajador sea lo mismo, o sea reflejo, que su comportamiento voluntario, por lo que de esta manera estaría determinando el propio trabajador la cuantía de su prestación lo que iría contra lo dispuesto en el art.1256 CC, según el cual, "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". La aplicación por el trabajador de su diligencia subjetiva personal posible no supone un comportamiento "voluntario", sino por contra un comportamiento "debido", y es este último carácter el que impide hablar de que la cuantía de la prestación queda a su arbitrio, puesto que precisamente no puede el trabajador disminuir su rendimiento de manera discrecional. Inversamente si se piensa que a lo único que se obliga el trabajador es a obtener el rendimiento inicialmente fijado, consiguiendo uno superior y disminuyéndolo a la medida de su voluntad, sería cuando verdaderamente se entraría dentro de la prohibición legal del art.1256 CC, pues en este caso si que podría hablarse de que la prestación quedaría al arbitrio del trabajador. (cfr.sin embargo RODRIGUEZ BORBOLLA ob.cit.págs.253-259).

- (19) Así la STS 30 abril 1976, comentada con anterioridad como exponente de la doctrina jurisprudencial sobre la problemática del art.77 f) LCT.
- (20) Inconsiderada, por no constituir objeto directo de nuestro interés, debe quedar aquí la referente a la defectuosa organización de la producción empresarial, reflejo de una serie diversa de causas o motivos objetivos, tales como las malas condiciones de los instrumentos, máquinas, o materiales utilizados con los que el trabajador ejecuta su trabajo (v.CARRO IGELMO El Despido....ob.cit.págs.291-292; v.asimismo los arts.40,47-1- y 62 LCT).

- (21) Posibilidad que niega la propia LCT, por cuanto no -

concreta en lado alguno cuando haya de reputarse -- existente la disminución dolosa del rendimiento.

(22) v.0.LIPMANN ob.cit.pág.37.

(23) Porque se opere por ejemplo una nueva medición del trabajo o valoración de tareas; por cambiar la naturaleza del sistema retributivo al pasar de una retribución a rendimiento a una a tiempo o viceversa, etc.

(24) Lógicamente aquello que mueve o predispone al trabajador, o que de alguna manera contribuye al empleo de una mayor intensidad o esfuerzo en la ejecución de su trabajo, debe ser traído a colación y tenido en cuenta en el momento en que se produzca la disminución de su rendimiento. Por otra parte el hecho de que el trabajador emplee con mayor o menor intensidad su capacidad y fuerza de trabajo, depende de las propias exigencias que él se haga a si mismo. Dos personas igualmente aptas y capaces para la ejecución de un mismo trabajo, dan pie sin embargo a esperar rendimientos completamente diferentes, cuando su predisposición para el trabajo, sea asimismo diferente. (en este sentido v. W.STERN.ob.cit.pág.643). Así señala acertadamente CARRO IGELMO que, "no puede exigirse que todos los que dedican su esfuerzo a un mismo trabajo, en una misma empresa en las mismas condiciones técnicas, rindan igual, y por consiguiente -- considerar que disminuye dolosamente su esfuerzo laboral quien en la misma categoría produce menos". -- (ob.cit.pág.228).

(25) Así no procede el despido a tenor del art.77 f) LCT, porque si bien figura un "...déficit de 990 minutos en 26 horas...(correspondientes a varios días de trabajo), (en) el trabajo realizado por el demandado -- (era el correspondiente a dos personas, y al faltar los datos necesarios para revelar que fué voluntaria la disminución del rendimiento decae necesariamente el recurso), máxime teniendo en cuenta que con anterioridad a septiembre se percibía una gratificación denominada voluntaria, que compensaba ese superior rendimiento, lo que fué suprimido en dicho mes y no se sustituyó por primas a la producción que compensa-

se individualmente los mejores resultados obtenidos. -
(STS 15 enero 1976).

- (26) Cuando por ejemplo el trabajador ocupado en la tarea de descarga de ladrillos al horno, disminuye su rendimiento al pasarle la empresa a trabajar a jornal - de tal manera que "como consecuencia de ello, se produjo un atasco que dió lugar a la necesidad de paralizar la producción y apagar el horno" disminuyendo el trabajador de manera reiterada el rendimiento en un 50% cuando menos..." (STCT 2 marzo 1976; v.asimismo la STS 14 noviembre 1963).
- (27) Accidente de trabajo, enfermedad común o profesional, edad avanzada, débiles condiciones físicas, ineptitud etc. (v. CARRO IGELMO. El Despido...ob.cit.págs.291-292).
- (28) v.págs.226 y ss.de este trabajo.
- (29) De aquí que nuestra jurisprudencia como se vió hable de disminución "notablemente inferior", producción - muy reducida" o "muy inferior" etc.
- (30) E.BETTI ob.cit.pág.69.

4. DILIGENCIA DEBIDA Y CAUSACION DE DAÑOS O DEFECTOS CON MOTIVO DE LA EJECUCION DE LA PRESTACION.

1. Consideraciones generales.

Dentro de la propia dinámica de la relación de trabajo, se manifiesta asimismo la diligencia como aquella previsión, prudencia y cuidado que debe observar el - trabajador con motivo de la ejecución de su trabajo;

lo que nos lleva al estudio de qué diligencia deba -
prestar el trabajador, en orden a prevenir o evitar,
fallos, faltas o descuidos, productores de resulta-
dos dañosos teniendo como marco fundamental el inci-
so primero del art.63 LCT: "el trabajador deberá in-
demnizar al empresario los perjuicios que culpable-
mente le haya ocasionado en los locales, los materia-
les, las máquinas y los instrumentos de trabajo" (1).

La problemática relativa no sólo a la propia existen-
cia de responsabilidad en el trabajador, sino tam-
bién a la delimitación en cuanto a su extensión por
su actuación negligente, ha sido quizás sin preten-
derlo, el vehículo indirecto que contribuyó tanto en
la doctrina como en la jurisprudencia del derecho eu-
ropeo a una profundización sobre el tratamiento de la
diligencia en el ámbito y desde la perspectiva que -
aquí se contempla, por lo que aún no constituyendo la
responsabilidad en sí, objeto directo de exámen, se
hace no obstante necesaria su referencia en orden a -
clasificar lo debido de la diligencia del trabajador.

La propia naturaleza y configuración de la relación
de trabajo, ha ido conformando un régimen especial -
en cuanto a la responsabilidad no sólo por la espe-
cial posición jurídica que en la misma ha ido adop-
tando el trabajador (2), sino también por la inciden-
cia creciente fuera del estricto ámbito laboral de -
ciertas prestaciones de servicios, que producen una
estrecha relación, "entre obligaciones jurídicas que
nacen del contrato de trabajo, y aquellas otras que -
simplemente aparecen con el mismo y que por su natura

leza hay que situar en una esfera jurídica distinta a la contractual (3), relación que plantea problemas muy complejos en la práctica al repercutir en el tráfico jurídico general, el comportamiento y actuación del trabajador en base a sus obligaciones contractuales asumidas.

La frecuente situación de desequilibrio patrimonial entre la capacidad de recursos económicos del trabajador y la reparación del daño, junto a las dificultades existentes en lo relativo al cálculo o estimación de la cuantía de la indemnización por los daños acaecidos, así como las dificultades referentes a su prueba procesal (4), ha ido determinando en la práctica, el hecho de que el empresario, aún mediando actuación negligente del trabajador, opte por abandonar, salvo muy contadas ocasiones, la acción de resarcimiento por daños y perjuicios cometidos por el trabajador, eligiendo otras vías en cierta manera -- sustitutas de aquella indemnizatoria, para hacer de alguna manera efectiva la responsabilidad: pérdida -- de determinados beneficios establecidos por la normativa colectiva, imposición de sanciones disciplinarias, o, en último término, acudiendo al despido (5).

Ocasione o no el comportamiento del trabajador una indemnización por daños y perjuicios, u otra reprobación jurídica distinta, lo cierto es que en ambos casos se está ante una responsabilidad del trabajador (6) por su conducta o actuación negligente. Cuando se pueda hablar de negligencia, es lo que aquí constituye objeto directo de exámen desde una perspectiva general sin olvidar empero las particularidades que pueda presentar cada supuesto en concreto.

- (1) Sin que por ello se prescinda de la incidencia que la actuación negligente o descuidada del trabajador, pueda tener sobre su propia persona, compañeros de trabajo, y sobre terceros ajenos al ámbito empresarial, todo lo que no viene a ser sino reflejo aplicado al ámbito laboral del postulado de fondo que el art.1101 CC encierra, al determinar esta la responsabilidad de resarcir por actuación culpable del agente.
- (2) De un lado las notas de la dependencia y ajenidad con respecto a su empresario, el poder de organizar el trabajo y dirigir la producción de este último, el riesgo de la empresa que en consecuencia ya sea por vía legal o jurisprudencial, se le imputa al mismo, y los sistemas de aseguramiento de daños que han ido surgiendo para protegerse de esos riesgos ocasionados por la actuación del trabajador; de otro, la de ordinario previsible insolvencia del trabajador para hacer frente al resarcimiento de los daños causados, junto a las disposiciones legales tendentes a limitar la extensión de la embargabilidad del salario.
- (3) RIVERO LAMAS. Indemnización (Derecho Laboral). Enciclopedia Jurídica SEIX. pág.218.
- (4) Independientemente de examinarse siempre y en primer término la existencia o no de actuación negligente en el trabajador, que cuando no se aprecia, determina ya la inutilidad del examen de la prueba y cuantía de los perjuicios, se deja no obstante bien sentado, que, "para que la acción ejercitada pueda prosperar (la referente a la indemnización de daños y perjuicios) tanto al amparo del precepto citado (art.63 LCT) como del art.1101 del CC, viene condicionado a la demostración de la realidad y cuantía de los daños ocasionados" (STCT 28 enero 1977. Se--mejante la de 3 febrero 1975.v.asimismo las de 7 mayo 1975 y 14 enero 1977.)

- (5) En este sentido v. RIVERO LAMAS (ob.cit.págs.224 y ss; 235 y ss.), quien señala que la conducta del trabajador "no tiene por qué derivar necesariamente en una indemnización de daños y perjuicios, por que ésta no es sino un camino entre los varios que se le abren al empresario para sancionar la responsabilidad por incumplimiento".
- (6) De indicar -en orden a evitar malentendidos- es que la referencia que de aquí en adelante se haga a la utilización del término "responsabilidad" viene entendida en un sentido amplio y no solamente estricto que hiciese pensar en una mera indemnización de daños. El trabajador responde, independientemente de que con esto, queramos hacer referencia a un -resarcimiento de daños o por contra a una sanción empresarial, incluso a la de despido.

II. Diligencia debida y faltas típicas en la relación de trabajo.

Como ya al principio de este capítulo se indicaba, ocurre que durante el transcurso y desarrollo de la relación de trabajo, y con motivo de la ejecución de la prestación por el trabajador, se producen descuidos, fallos y deficiencias en la misma, faltas en una palabra, que traen su causa de las -especiales circunstancias que cada trabajo en concreto conlleva en conexión con las peculiaridades y características propias del trabajador. La aparición de tales faltas o deficiencias es en cierta -manera lógica y esperada, no sólo por la probabilidad evidente de que de hecho se produzcan en la --práctica, sino también en consideración a que la -naturaleza y capacidad del ser humano no puede siem

pre sustraerse a aquellas.

A este respecto, la utilidad de la diferenciación, afortunadamente no recogida en nuestro derecho, entre el denominado trabajo "propenso al riesgo o a la deficiencia" (1) y el opuestamente calificado - de "normal", para determinar cuando se está o no - ante un riesgo típico de la prestación, no puede - ser admitida sin reparos.

Esta distinción ~~creada~~ creada por la jurisprudencia alemana con el apoyo de ciertos sectores doctrinales, nacida conceptualmente imperfecta, que paulatina pero progresivamente está siendo abandonada, o cuando menos fuertemente mitigada en base a una constante ampliación de la noción del trabajo propenso al riesgo o a la deficiencia que diluye en gran medida los límites, por lo demás siempre imprecisos, entre este y el denominado trabajo normal- (2), decae ante el hecho de que el carácter típico de las faltas debe reputarse existente en toda relación de trabajo porque cada actividad en concreto inmersa en el tráfico jurídico laboral conlleva un riesgo específico de producción de fallos, errores o descuidos que - la diferencia de las restantes. Aquellos, pueden por lo tanto tener lugar en la ejecución de cual--quier actividad. Todo trabajo es "normal", o, si se quiere, todo trabajo es "propenso a la deficiencia". En la naturaleza de cada cosa o situación yace siempre una cierta propensión al riesgo o a la deficiencia; toda actividad humana se coloca por consiguiente bajo el riesgo de un fracaso o mal resultado (3), por cuanto es la propia realidad práctica la que -

muestra que cada actividad acusa un riesgo que es característico y específico de la misma (4). Por lo demás la distinción entre trabajo propenso al riesgo o a la deficiencia y trabajo que no lo es, tampoco va a tener relevancia en la configuración de la diligencia debida como se verá.

Si bien el carácter "típico" de las faltas (5), - existente en toda relación de trabajo, repercute o incide en lo debido de la diligencia del trabajador la configurar el tráfico jurídico laboral, así como la propia diligencia asumida contractualmente, se debe señalar que la tipicidad de la falta en sí misma considerada constata simplemente un hecho, - que la falta es "típica", que se da o suele darse - en una determinada relación de trabajo realizando una concreta actividad (6), pero que nada dice en principio sin embargo sobre si la misma ha sido - ocasionada negligentemente, cuestión sobre la que se entra a continuación.

-
- (1) La terminología empleada en la literatura jurídica alemana no es unitaria a este respecto. Para actividades de esta índole se utilizan de manera sinónima calificativos tales como "schadengeneigt", "gefahreneneigt", "gefahrenbehaftet", "Schadenbehaftet" etc.
 - (2) El denominado trabajo propenso al riesgo o a la deficiencia -referido a aquellas actividades que guardan una cierta conexión con la aparición de un riesgo- surgió, bajo desarrollo jurisprudencial, como consecuencia de la progresiva industrialización y -

y mecanización que en el mundo del trabajo se empieza a operar a principios de nuestro siglo. La complejidad cada vez mayor de las técnicas productivas y de los métodos de trabajo fué colocando de manera paulatina en la esfera del trabajador - exigencias cada vez más fuertes en la ejecución - del mismo al proporcionársele tareas cuya dificultad aumenta constantemente. Por otra parte el alto valor de las máquinas, así como de las herramientas y materiales utilizados en relación con el trabajo a ejecutar, daban lugar no raramente - al hecho de que un pequeño descuido del trabajador en la ejecución de su prestación podía ocasionar daños de elevada cuantía (así GAUL DB 1958 -- pág.1101; AuR 1964 pág.261; ANDRESSEN BB 1962 pág. 489; R.KLEIN.ob.cit.pág.40. En esta línea evolutiva señala OEHMANN, que, dada su relevancia práctica, se configuró la actividad del trabajador conductor como prototipo del trabajo propenso al riesgo. DB 1964 v.asimismo BAG st.10.3.1961.en DB 1961 pág.774).

Como características que configuran un trabajo como propenso al riesgo o a la deficiencia se cuentan, la dificultad de los métodos de trabajo, es - decir, del modo y manera de ejecutarlo, el procedimiento técnico de elaboración del mismo (por ejemplo, el manejo de máquinas complicadas), la delicadeza o intrínseca peligrosidad de los materiales - con que se trabaja (por ejemplo, productos inflamables, procelana, cristal, etc), su elevada celeridad, monotonía, concentración especial requerida - etc, todo lo que puede provocar en el trabajador - exceso de fatiga, sobrecargas nerviosas etc, (sobre esto v.BECKER-SCHAFFNER.BB 1967; GAMILLSCHEG/HANAU Die Haftung...ob.cit.págs.14 y ss; 50 y ss.RUPPERT. W.Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit. Kassel.1961. Si bien no han faltado intentos tendentes a definir o al menos a delimitar el trabajo propenso al riesgo (en especial por DENECKE. RdA 1952.pág.209; DERSCH BB 1956 pág.501; - GUMPERT BB 1958 pág.740), se puede no obstante - afirmar con la mayoría de la doctrina alemana actual (BOERGEN MDR.1971.pág.180; R.KLEIN ob.cit.pág 46; PALME A.1969 págs.347 y ss), la oscuridad y falta de descripción exacta de su noción, pues a pesar

de las características enunciadas; riesgos o fallos típicos pueden también tener lugar en aquellos trabajos, que no vengan conformados por aquellas (v.GAUL AuR 1964 pág.260, GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.págs.54-55), todo lo que ha ido produciendo un cambio en la doctrina jurisprudencial en el sentido de mitigar las diferenciaciones entre trabajo propenso o no al riesgo, admitiendo que la producción de faltas típicas, puede tener lugar tanto en uno como en otro (frente a la originaria jurisprudencia del BAG, defensora del trabajo propenso al riesgo así 1 st.de 25.9.1957 en JZ 1958 pág.254; v. los nuevos razonamientos contenidos en las de 13.3.1968 en AP N.42 con comentario de SIEG; 26.11.1969 en AP N.50; 3.2.1970 en AP N.53; y 13.5.1970 en AP N.56).

La constatación de un trabajo propenso al riesgo o a la deficiencia debe orientarse a aquellas circunstancias bajo las cuales es realizado un trabajo en un supuesto concreto (así la st.13.3.1968). Una actividad que por regla general es de considerar como propensa al riesgo, no lo es por tanto en todo momento, ni en toda empresa, ni incluso teniendo en cuenta la manera concreta de realización del trabajo. Por contra un trabajo considerado tradicionalmente como no propenso a la deficiencia, puede serlo sin embargo en atención a las circunstancias especiales del caso concreto, produciéndose así una "relativización" en la noción del "gefährgeneigte Arbeit", y con esto, una menor utilización práctica de tal concepto. (v.BECKER-SCHAFFNER BB 1967; GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.pág.30; R.KLEIN BB 1964 págs.1088 y ss.; OEHMANN DB 1964 págs.1555 y ss.; A.PALME. BlfStR.1969.pág.349, quienes apoyan la nueva orientación iniciada por la jurisprudencia).

(3) Así FREY E.AuR 1953 pág.7; KOEBLER ACP (169) 1969 pág.417.

(4) En este sentido BOERGEN MDR.cit.pág.180; W.CANARIS RdA 1966 pág.46; LAG Frankfurt st.3.3.1964 (en BB 1964 pág.569), y st.4.8.1964(en NJW 1965 pág.788).

(5) La terminología aquí empleada, "tipicidad de la falta" es asimismo utilizada por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria alemanas. Se habla indistintamente de "typische Abirrung", "typische Arbeitbehmerschaden", o incluso de "typische Arbeitschaden" (DEHMANN DB 1964 pág.1556.nota n.6), y "erfahrungsmässige Fehlleistungen", como nociones útiles para el juicio de valoración de la negligencia en la actuación del trabajador (v.GAMILLSCHEG/HANAU ob. cit.cfr.GAUL AuR 1965 págs.225 y ss.).

(6) El verdadero sentido de la "tipicidad" de la falta contemplada en puridad, estriba en que la misma podría asimismo producirse por el grupo de trabajadores compañeros de trabajo, del que forma parte el trabajador que ahora la ha ocasionado. No puede -- por tanto considerarse como error o fallo típico, el derivado por ejemplo de una falta de aptitud -- originaria del trabajador, que refleja con posterioridad el hecho de que este no domine su trabajo, porque se muestre altamente inepto para su ejecución. Así no lo son, los fallos o errores de un -- contable en el libro de contabilidad de la empresa, o aquellos otros reflejo de un informe económico -- mensual que daba una falsa imagen del estado financiero de la empresa, cuando el trabajador, se deja contratar como contable experimentado (así Arbg. Heidelberg st.15.12.1960 en ARstW XXVI nr.225 pág. 79; v.asimismo las consideraciones que sobre tales cuestiones hace R.STEINDORFF JZ 1959 pág.6).

1. Error o fallo típico "diligente".

El trabajador --tanto más si se tiene presente el carácter de ejecución continuada de la actividad que asume--,no promete una prestación completamente libre de faltas. Una prestación así considerada no puede ser normalmente exigida, por cuanto la práctica muestra la continua producción de fallos o descuidos durante el desarrollo de la prestación (1). Consecuentemente lo que el empresario puede en --

principio esperar y exigir del trabajador, viene orientado a lo correlativamente esperado y exigido en aquella concreta esfera del tráfico jurídico laboral, que contempla como de hecho y habitualmente se trabaja por una pluralidad determinada de trabajadores bajo condiciones o circunstancias semejantes, lo que origina que se tenga ya -- que contar a priori con el hecho de que la prestación del trabajador, pueda no ser objetivamente -- desarrollada o ejecutada de manera perfecta (2). De esta manera debe el trabajador observar aquello que obliga también a sus compañeros de trabajo, -- aquello que en la esfera del tráfico es realizado y ejecutado de manera normal y habitual. Aquellas faltas o deficiencias que en tales condiciones y circunstancias puedan ocurrir no contradicen el principio de que el trabajador se obliga frente a su empresario a la realización diligente de su -- prestación (3).

Podría en efecto pensarse, mediante un proceso mental de abstracción valorativo del hecho en sí mismo considerado, que la falta típica ocasionada con motivo de la ejecución de la prestación pudo ser -- evitada (por lo que debe ser considerada negligente), lo que equivaldría a ignorar la realidad de -- la propia dinámica de la relación de trabajo, debilitando o menospreciando el carácter de ejecución continuada de la prestación de servicios, y colocando la diligencia debida del trabajador bajo una interpretación objetiva de carácter absoluto (4); lo que no ocurriría con aquella otra que en aten--

ción a la personalidad del trabajador, a la índole del trabajo que ejecuta, y a la propia relación de trabajo como una de tracto sucesivo, excluya como constitutivos de negligencia aquellos descuidos, faltas o inadvertencias que la experiencia práctica laboral muestra como probabilidad razonable de aparición en mayor o menor grado (5), derivada del mero contacto del trabajador con su trabajo (6).

Las faltas así ocasionadas, no son sino reflejo de la imperfección humana. Con esta debe contarse en toda relación de trabajo (7), porque de lo contrario supondría deformar peligrosamente la realidad (8) (9).

-
- (1) En este sentido OHEMANN DB 1964 cit.pág.1556; R. KLEIN ob.cit.págs.44-45.
- (2) Se puede así decir que la posible causación de faltas o errores típicos pasan a formar tácitamente - parte integrante del contenido del contrato, sin - que por lo tanto entre en juego, cuando menos de - manera automática como se verá, el mecanismo de la reprochabilidad. El hecho de que tenga que contarse con la producción de tales faltas o descuidos durante la ejecución del trabajo, significa que la diligencia que asume el trabajador al tiempo de la celebración del contrato no es otra distinta que aquella reflejo de una actuación humana y no perfecta del trabajador.
- (3) En este sentido v.BOERGEN cit.pág.180. La diligen-

cia del trabajador, no puede venir por consiguiente exigida hasta el punto de eliminar de manera total la producción de faltas (v.sin embargo - -- ACHTEMBERG.AcP.164 1964.págs.30-31).

- (4) Indica STEINDORFF que la interpretación de la diligencia debida son consideración a aquellos errores o faltas que en ocasiones se producen de manera -- inevitable significa aproximar la responsabilidad del trabajador a una responsabilidad por garantía o por riesgo que sólo atendiese al éxito o resultado material. Debería así el trabajador una diligencia que sería mayor que la que él, como ser normal, apto y diligente, estaría en situación de observar. (JZ 1959 pág.6.Semejante KUECHENHOFF AuR 1969 págs.193 y ss; SCHEUERLE. RdA.1958.págs.257 y ss.). Tal exigencia chocaría con el principio "ultra posse nemo obligatur" no ya vertido este en la sola esfera de la subjetividad, sino incluso en la propia de la objetividad, pues se estaría obligando al trabajador a ejecutar su trabajo, con una -- perfección tal que no alcanzarían sus propios compañeros de trabajo.
- (5) La gran probabilidad de que en la práctica, puedan presentarse faltas o descuidos producidos con motivo de la ejecución de la prestación, ha hecho ya -- señalar a algún autor la circunstancia de que en -- cierto modo se está ya ante el nacimiento de un uso, "die fast schon Gewohnheitsrecht geworden ist", por lo que debe imputarse a la esfera del riesgo del -- empresario los daños ocasionados por tales descuidos (así DENECKE. RdA pág.211) lo que demuestra -- que a pesar de estar ante "fallos", "descuidos", -- "errores", o "inadvertencias", las mismas son "diligentes", pues de lo contrario sería difícil de -- creer en el nacimiento de una norma consuetudinaria basada sobre comportamientos de tal índole, que su pusieran la continúa comisión negligente de faltas por los trabajadores, y a cuya vinculatoriedad tuviese no obstante que someterse el empresario. De otra manera dicho: la dificultad del empresario de cambiar, modificar o anular un uso de empresa en la esfera de la que ahora se trata --exigiendo a los --

trabajadores que eliminen las faltas o descuidos acaecidos con motivo de la ejecución de su trabajo-, estribaría precisamente en que estas se producen aún existiendo una actuación diligente. De aquí la razón de que el empresario pueda "estimular" mediante incentivos una mayor o mejor diligencia como se ha visto, sin que por esto deban verse las faltas típicas como negligentes, porque la propia existencia de las primas o incentivos demostraban de forma indirecta como se vió, la --aparición de fallos, descuidos, o errores conaturales e inmanentes al ejercicio de toda actividad, contando con la capacidad normal del ser humano, lo que precisamente determinaba el establecimiento de aquellas tendentes, como estímulo --económico, a mejorar o perfeccionar tales deficiencias.

- (6) Efectivamente el trabajador que por un descuido o inadvertencia ocasiona un resultado dañoso no querido, obra negligentemente, por cuanto puede pensarse que la falta aislada o abstractamente considerada pudo haberse evitado; pues en puridad el "descuido" o "inadvertencia", no significa en realidad sino una "falta de cuidado o atención", que en consecuencia pudo subsanarse con el empleo de un "mayor" cuidado, o una "mayor" atención. La --cuestión estriba sin embargo en el hecho de que --ese mayor cuidado o atención exigible "abstracta o idealmente", no puede sin embargo serlo "realmente", porque de lo contrario se basaría en una capacidad del trabajador que bien no existe, o que incluso existiendo, no puede sin embargo mantenerla el trabajador de manera permanente o indefinida. --De aquí --y en ese ámbito concreto-- la importancia de la relación de trabajo como relación obligatoria de tracto sucesivo.
- (7) Así, señala acertadamente SCHEUERLE que la diligencia debida en el ámbito laboral no debe verse bajo una perspectiva estricta material que contemple la realización fáctica de la prestación sin defecto --alguno (fehlerfreie Sachgestaltung), sino que por

contra, y bajo una perspectiva personal, debe ir dirigida a garantizar el éxito o la dicha del trabajador como persona (RdA cit.págs.247 y ss.).

- (8) Y en consecuencia la del propio tráfico jurídico; pues este no puede exigir otro resultado que el - que efectivamente se ha producido. El trabajador no ha obrado negligentemente. La diligencia debida contemplada desde un punto de vista objetivo - absoluto ha sido recortada y adaptada a las circunstancias del caso concreto, porque precisamente "el buen padre de familia", el "buen u ordenado trabajador" o cualquier otro parámetro de conducta que se quiera aquí traer a consideración, - ejecutando semejante trabajo bajo similares circunstancias y presupuestos no hubiesen podido evitar la falta; o bien, y expresado en sentido inverso, la hubiesen ocasionado.
- (9) Nuestra jurisprudencia más reciente, parece asimismo apuntar a las consideraciones expuestas. El hecho de que la falta recogida por la sentencia que aquí se trae a colación, venga motivada por un -- error o defecto imputable a la empresa no cambia sustancialmente el espíritu que la informa.

La STCT 14 enero 1977 negó la indemnización por daños y perjuicios del trabajador que "debido al deficiente y borroso estado del plano, por confusión realizó una de las roscas interiores al paso MA - en vez de hacerlo al tipo MB que correspondía...". "...el obrero actuó en el trabajo con la diligencia propia de un buen trabajador, equivalente en el -- plano laboral a la general de un buen padre de familia y que el único error cometido fué debido al - deficiente y borroso estado del plano, que (según la prueba practicada puede sufrir cualquier buen trabajador en sus circunstancias...es claro que el fallo que absuelve al (trabajador) que incurrió en - un error en el que pudo también incurrir cualquier buen trabajador en sus circunstancias, de la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos), no infringe ni el art.1104 CC ni el 63 LCT, pues dicho (trabajador) actuó en el trabajo con la dili--

gencia de un buen trabajador, no siendo imputable el daño a su falta de diligencia...".

2. Error o fallo típico "negligente".

A. Imperfección humana y carácter duradero de la relación de trabajo.

Si bien, y bajo los presupuestos anteriormente examinados, las faltas típicas en la ejecución del -- trabajo no pueden ser consideradas negligentes, -- porque de lo contrario se estaría exigiendo al trabajador una diligencia tal que le obligase en todo caso a realizar una prestación casi-perfecta, su aparición puede ser no obstante considerada negligente independientemente de que este haya ocurrido una sola vez, o por el contrario se presente de manera frecuente o repetida. Esto lleva ya a indagar el verdadero sentido en este ámbito de la conexión existente entre diligencia debida y el carácter duradero de la relación de trabajo.

Prolongándose y continuándose esta a lo largo del tiempo y en atención a que la actuación humana se ve siempre sometida a fallos o errores, puede decirse -lo que supone ya de por sí el abandono de una interpretación perfeccionista de la diligencia (1)- que quien en general ejecuta su trabajo sin defecto alguno, y una vez comete una falta, ha hecho todo aquello que se puede exigir de una persona de nuestra especie, naturaleza y capacidad, cum

pliando así a pesar del fallo acaecido, con las - obligaciones asumidas contractualmente, por cuanto se ha ejecutado la prestación conforme a lo debido (2). Una determinación o regulación normativa de la diligencia debida del trabajador, debe por tanto reconocer, que errores o descuidos producidos - aisladamente en una relación de tracto sucesivo -- son inevitables, por lo que no pueden ser reprochados como negligentes (3).

La determinación de la diligencia debida en base al carácter continuado de la prestación de servicios, no ha sido admitida sin objeciones, por pensarse que el mismo no constituye un criterio adecuado para el juicio de valoración de la negligencia (4). Las críticas han sido dirigidas en primer término, en el sentido de cómo deba ser entendida la diligencia del trabajador, que lleva poco tiempo prestando servicios en la empresa, o que acaba de incorporarse a la misma (5); en especial en el ámbito de aquellas actividades que por sus especiales características, hacen que la consideración a la - duración de la prestación, juegue un papel primordial, por cuanto la experiencia práctica demuestra que el trabajador no está en condiciones de realizar su prestación con el mismo grado de satisfactoriedad de manera constante o permanente (6). En tales supuestos parece razonable exigir al trabajador que comienza su prestación de servicios una diligencia distinta de aquel que por el contrario - lleva ya largo tiempo realizando el mismo trabajo (7); todo lo que por otra parte no resta en sí vir

tualidad al carácter de tracto sucesivo de la rela
ción de trabajo como criterio útil para enjuiciar
la negligencia del trabajador, sino a lo sumo de-
terminar situaciones especiales en cuanto a su --
aplicación y consideración.

Por otra parte, no hay que olvidar que el carácter
de tracto sucesivo de la relación de trabajo, en -
lo que a la diligencia se refiere, lo que en el --
fondo ayuda a establecer -no como criterio aislado
sino como componente, bien que muy relevante, de un
todo valorativo de donde se va a resultar el juicio
afirmativo o negativo sobre la negligencia-, es la
frecuencia con que un error típico de la prestación
puede tener lugar, para así proceder a determinar
en la frontera de lo posible, si el trabajador ha
obrado o no diligentemente.

De esta manera, no tiene forzosamente por qué que--
dar fuera del ámbito de la diligencia exigible, --
aquella falta acaecida en un momento determinado -
no habiéndose producido con anterioridad, a pesar
de llevar el trabajador largo tiempo ejecutando --
ese determinado trabajo, ni, inversamente, consider
rar el supuesto contrario -su repetibilidad o fre
cuencia- necesariamente dentro de aquella, porque
lo verdaderamente decisorio, conviene repetirlo, no
es la mera consideración de la ejecución de un tra
bajo como actividad continuada, sino por contra el
modo y manera en que esta continuidad repercute y
actúa sobre el trabajador.

- (1) Lo que además se adopta al mandato legal del art. - 1104 CC, de que se preste la diligencia debida conforme a la naturaleza de la obligación, que en el - campo del Derecho del Trabajo es de actividad conti nuada en el tiempo.
- (2) Así SCHEUERLE.cit.pág.247.
- (3) STEINDORFF.cit.pág.4 (El mismo autor en AuR 1966. - pág.67).
- (4) En este sentido v.BECKER-SCHAFFNER (DB 1970 pág.2446) CANARIS (RdA 1966 pág.44, con especial referencia a los accidentes de tráfico cometidos por el trabajador con motivo de la ejecución de su prestación); GA MILLSCHEB/HANAU (ob.cit.pág.42); GAUL (DB 1962.pág. 168; AuR 1964 págs.260 y 264).
- (5) Así GAMILLSCHEG/HANAU: "Denn wie wäre der Arbeitheh mer zu behandeln, der gerade erst in den Betrieb -- eingetreten ist? (ob.cit.pág.cit.). Sin embargo no puede admitirse sin reparos con los autores citados el intento de asemejar la relación de trabajo con - otras relaciones jurídicas de tracto sucesivo como por ejemplo el arrendamiento, para argumentar así - iguales presupuestos sobre los que deba asentarse - la diligencia debida, y en consecuencia restar efi- cacia en la relación de trabajo a la característi-- ca de su prolongación o continuidad en el tiempo co mo criterio de juicio válido sobre la negligencia - del trabajador. ("Niemand fällt es etwa ein, den -- Mieter, der eine Fernsterscheibe zerstümmert, weil er versäumt hat, bei haraufziehendem Sturm die Fenst er zuzumachen, deshalb, für Schuldlos zu erklären, weil er schon lange Jahre in dem Hause wohnt und so etwas immer einmal vorkommen könne". En los mismo - términos se expresan poniendo como ejemplo irregu-- laridades que pueden tener lugar con motivo del contrato de suministros de mercancías; ob.cit.pág.cit.).

Las diferencias jurídicas existentes entre arrendamiento y prestación de servicios, deben quedar fuera de toda duda, aún teniendo ambos institutos la nota común de la temporalidad. La diligencia del trabajador no tiene ni muestra puntos jurídicos -- esenciales de conexión con la propia del arrendatario, o con la del vendedor. El carácter continuado de la relación de trabajo se sitúa en un plano jurídico diferente al propio concerniente al arrendamiento. (En este sentido MAYER-MALY (AcP cit.pág. 135); Steindorff (AuR 1966 pág.67)). Acertadamente señala ACHTEMBERG, que la relación de trabajo no puede compararse con otras relaciones jurídicas de tracto sucesivo (en AcP 164.cit.pág.29).

- (6) Piénsese en trabajos que por sus características y naturaleza exigen del trabajador un alto grado de concentración y atención, grado que el trabajador -- sólo es capaz de mantener durante un tiempo determinado (v.GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.pág.54), por lo -- que se producen descuidos o inadvertencias que ciertamente con SCHEUERLE el mismo trabajador no logra comprender como algo semejante, le haya podido ocurrir (ob.cit.págs.cit.; tales supuestos podrían ser reconducidos al genérico de la "inconsciencia de la negligencia" de la que hablaba EXNER. Fahrlässigkeit.. cit.págs.148 y ss.).
- (7) Continuando con el ejemplo de la cita anterior, el fallo en tales supuestos del trabajador recientemente incorporado, podría ser en efecto negligente, -- cuando precisamente el tiempo que lleva trabajando no pudiese justificar el descuido o la inadvertencia. Nótese que sin embargo se habla de diligencia "distinta" y no de "mayor" o "menor", por cuanto la índole concreta del trabajo a realizar puede determinar que el tiempo que el trabajador lleva trabajando opere en su favor, produciéndose así efectos contrarios a lo esperado: la falta de atención y -- concentración en el trabajo no tiene por qué ocurrir necesariamente ligada ya al hecho de que ha transcurrido un cierto tiempo en la ejecución de la prestación, aunque no se oculta que este sea el supuesto

normal. Un trabajo de tales características puede producir al comienzo en el trabajador una sobrecarga en su capacidad de concentración, precisamente por el poco tiempo que lleva, porque a medida que transcurra este, el esfuerzo necesario a su atención ya no será tan grande como al principio.

B. La negligencia como cuestión cuantitativa.

a) Frecuencia o repetibilidad de la falta.

El error o defecto típico acaecido con motivo de la ejecución de la prestación puede ser determinante de la negligencia cuando el mismo se presente de manera frecuente o repetida en la actuación personal del trabajador. Se determina así la falta de diligencia del trabajador en tales supuestos como un fenómeno cuantitativo. Una falta, error o defecto que no es en principio considerado negligente, sí lo es sin embargo cuando la misma ha tenido lugar repetidas veces. Desde esta perspectiva se puede afirmar que la frecuencia de pequeños descuidos en la realización de la prestación, actúa como correctora de una inadecuada interpretación, por extensiva, de las típicas faltas laborales como no negligentes (1).

La frecuencia con que se pueden producir fallos o defectos en la realización de la prestación no se deja determinar o concretizar de manera general, sino caso por caso atendiendo a la índole del trabajo, así como a la manera en que este es habitualmente ejecutado (2). Esto lleva a señalar que la mera constatación de la frecuencia con que tales faltas se -

319

producen no determinan ya sin más la negligencia - del trabajador; sino que por el contrario la repetición debe juzgarse bajo el criterio de si aquella tiene también lugar y puede producirse aún actuando diligentemente.

No podría por tanto reprocharse al trabajador la - repetibilidad de una falta o descuido -afirmando así la negligencia- porque en efecto sea la segunda, tercera o cuarta vez que comete el mismo error, o - haya ya incurrido en semejantes descuidos con anterioridad. Con esto, lo que en principio se afirma es la mera producción de un resultado defectuoso que en efecto se ha repetido, sin que no obstante se haya - producido todavía el juicio de valor sobre la negligencia del trabajador.

Por el contrario, obraría el trabajador negligente -surgiendo en consecuencia la reprochabilidad de su conducta- cuando la frecuencia con que comete aquella falta o descuido no se presente en sus compañeros de trabajo de semejantes aptitudes y capacidades que realizan bajo las mismas circunstancias, iguales o semejantes trabajos.

El juzgador debe recurrir a estos últimos presupuestos, y no simplemente a los anteriores señalados, - para así deducir o presumir la actuación negligente del trabajador (3), en base a una ponderación global, que aún teniendo en cuenta las características del - propio trabajador, no abandona sin embargo la objeti

dad en el proceso de valoración de su conducta.

Las consideraciones expuestas deben servir de criterio que ayude a resolver el eterno y complejo problema de no poder determinar con precisión, cuando se está verdaderamente ante una inobservancia de la diligencia debida y cuando verdaderamente ante una ineptitud, problema que ante la insuficiencia de la normativa legal al respecto, está, como ya se indicó en otros lugares de este trabajo, frecuentemente reflejado en nuestra jurisprudencia. De resaltar es no obstante la importancia que para esta tiene la idea de la repetibilidad o la frecuencia en la comisión de faltas, descuidos o errores con motivo del desarrollo de la prestación, independientemente de las consecuencias jurídicas que se le asignen (4).

(1) En el sentido expuesto v.DENECKE (RdA 1952,págs.211-212); GAMILLSCHEG/HANAU (ob.cit.pág.91); J.GUMPERT (BB 1955 pág.482); STEINDORFF (JZ 1959 pág.8).

(2) v.R.KLEIN ob.cit.pág.46.

(3) Ciertamente la doctrina alemana (v.nota 2 de la página 508 y ss.), no expresa de manera directa tal consideración, limitándose a señalar la negligencia del trabajador porque "Häufung der Nachlässigkeiten vorliegen" (DENECKE); "wenn der Arbeitnehmer dagegen häufig fahrlässig ist" (GUMPERT); "Form der Häufung leichter Versehen" (GAMILLSCHEG/HANAU); o, "wenn sich Versehen bei einem Arbeitnehmer häufen" (STEINDORFF); si bien es de suponer en tales afirmaciones

la intención implícita del reproche a la negligencia, por cuanto, como se vió, la repetición de faltas o descuidos puede incluso ser típica, esperada y difícilmente evitable en el normal desarrollo de la prestación por los trabajadores. La frecuencia de las mismas dependería de cada trabajo y método productivo en concreto. Una falta seguiría siendo típica y no negligente aunque se repitiera, cuando la frecuencia en su aparición pudiera reputarse como normal o habitual.

- (4) Algunos supuestos jurisprudenciales pueden ser traídos aquí a colación. Procede el despido por ineptitud del trabajador "...por sus equivocaciones reiteradas y la poca aptitud que demostró en el ejercicio de la función que le correspondía, por lo que ha sido bien aplicada la indicada sanción" (STS 24 marzo 1961; v.también STS 14 febrero del mismo año, y la de 26 octubre 1968: los repetidos accidentes del conductor de una empresa son causa de despido por ineptitud); "no es admisible se produzcan constantemente omisiones contables..." (STS 3 marzo 1976) y asimismo en base a "...hecho u omisiones que no se producen en un momento concreto, sino a lo largo de una actuación profesional..." (STCT 25 noviembre 1976). El apoyo a la repetibilidad o frecuencia de una determinada conducta productora de faltas o descuidos se aprecia en otras ya más en la línea de ser competente de un comportamiento global del trabajador que es la que se sanciona, no obstante permaneciendo clara en su formulación. Así el trabajador fué despedido por aplicación de los apartados c) d) y j) del art.77 LCT, "...porque...mantuvo una reyerta...injurio de palabra... y, debido a su negligencia, había numerosas faltas de orden y limpieza..." (STS 16 enero 1976).

De especial interés son los términos en que se expresa la STCT de 17 enero 1976: procede el despido por ineptitud del trabajador porque su actuación y comportamiento, "...supone una falta de diligencia inexcusable, que demuestra la inhabilidad, pues no se trata de un descuido momentáneo o del error en una o alguna operación, sino una continuada desaten

ción al trabajo durante las cuatro horas de la jornada con un resultado perjudicial evidente (abstracción hecha de su posible valoración)...(lo que supone una) falta de atención notoria, continuada y demostrada del actor...", añadiendo más adelante que "el segundo grupo de normas que menciona como infringidas, art.63 LCT...y art.99 núm.4 de la Ordenanza - en relación con el art.102 de la misma, no es admisible por lo más arriba dicho, ya que no puede estimarse ocurriese un pequeño descuido, dados el tiempo transcurrido y el resultado producido, sin que fuera aplicable el art.63 de la LCT, puesto que ninguna - reparación de perjuicios se le ha pedido...".

b.) Falta cometida una sola vez.

El instrumento corrector de una interpretación extensiva e inadecuada, sobre la consideración de las faltas típicas no negligentes, no tiene solamente lugar, como con anterioridad ya se apuntaba, bajo la referencia al número, frecuencia, o repetición de las mismas, sino también en consideración a la comisión de una sola falta que pese a la tipicidad en su aparición debe estimarse como negligente en atención a las circunstancias y presupuestos en que esta se ha producido.

El trabajador obra negligente, porque la falta o descuido que comete, si bien es de típica y probable - causación o aparición en el desarrollo del trabajo, no obstante no habría debido de producirse, si el - trabajador hubiese observado el cuidado, esmero y - atención que en tales supuestos observarían sus compañeros de trabajo en las mismas circunstancias (1). El trabajador se ha comportado con una despreocupa-

ción o descuido tal, que hace oportuna la consideración de su conducta como negligente (2).

De señalar por último es el hecho de que, tanto si la falta tuvo lugar de manera aislada, como si la misma fué repetida, queda ya en cierto modo inconsiderado el exámen de si la especial aptitud, capacidad y conocimientos o experiencia profesional del trabajador, le obligaban a una mayor o menor diligencia, por cuanto, si bien podría afirmarse la negligencia en el trabajador porque a pesar de ser normal que tal descuido o fallo se produzca, incluso con cierta frecuencia, sus especiales conocimientos y/o experiencia profesional le obligan a observar una diligencia que impida aquel, o bien su repetición. No se necesita sin embargo cuando la misma praxis laboral nos indica que la falta o descuido no tendría lugar con trabajadores igualmente experimentados a aquel que la ha cometido. El trabajador es negligente porque no ha observado aquella diligencia posible y debida por sus compañeros de trabajo de iguales aptitudes y capacidades en semejantes circunstancias (3). De la misma manera sería negligente el trabajador de aptitud y capacidad menor a la normal cuando a un trabajador de iguales o semejantes características no le hubiese ocurrido con frecuencia aquel fallo o descuido (4).

Y es así, como ya con anterioridad se indicaba, el que una interpretación realista de la diligencia en los términos expuestos hace innecesaria la ya de

por sí dudosa distinción entre trabajo propenso o - no al riesgo o a la deficiencia. La diligencia en - uno no es ni "mayor" ni "menor" que en la del otro, porque cuanto ni se compara, ni es factible tampoco el hacerlo la una con la otra, sino que es simple-- mente "distinta", adecuada a las circunstancias del caso concreto con consideración al grupo jurídico la boral al cual pertenece el trabajador (5).

- (1) En este sentido podría ser negligente el trabajador, que habiendo cometido una falta o descuido una sola vez, recae de nuevo en ella por no haberse dejado - prevenir o advertir como razonablemente sería de es perar. (en este sentido GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.- pág.71).
- (2) Sería el caso de un fallo o descuido que aún siendo aislado u ocasional, excede no obstante por encima de las proporciones o extensión de la medida normal o habitual (no forzosamente del resultado dañoso, - si bien la conexión sea el hecho práctico más fre-- cuente). Así señala STEINDORFF el supuesto del caje ro o cobrador que ocupándose diariamente de gran -- número de recibos y facturas, acusa la caja en un - momento determinado un gran déficit. Indica el cita do autor que, o bien ha cometido el trabajador repe tidas faltas o bien ha tenido un descuido tal que - se deja explicar y entender a la vista del trabajo rutinario de andar con muchas facturas o efectos mo netarios (JZ 1959 pág.8).

En sentido semejante se ha pronunciado nuestra ju- risprudencia si bien -y con esto se vuelve a resal tar el problema tantas veces mencionado- califican do el supuesto erróneamente a nuestro juicio, bien como disminución voluntaria del rendimiento, bien como ineptitud, a causa de la insuficiencia de la - normativa legal a este respecto. Así la STCT 11 di ciembre 1963, planteándose el caso de un trabajador

que se equivoca en varios miles, al contar billetes, razonan de la siguiente manera disyuntiva: si la equivocación fué voluntaria se tratará de una disminución dolosa de rendimiento, si fué involuntaria se tratará de un caso de ineptitud; no pudiéndose a nuestro juicio reconducirse al primero (pues no puede razonablemente presumirse en un supuesto de las características señaladas. Por lo demás falta la apreciabilidad de la nota de la continuidad de la disminución a tenor del art. 77 f) LCT), ni mucho menos al segundo (pues la ineptitud no puede calificarse ni de originaria, salvo que el trabajador comenzase a prestar sus servicios lo que no parece ocurrir en el caso, a tenor de los hechos que relata la sentencia, ni tampoco de sobrevenida pues precisamente la equivocación o el descuido aislado muestra que el trabajador está capacitado para realizar su trabajo); sino simplemente al fallo o descuido negligente, supuesto no contemplado directamente por nuestro ordenamiento jurídico laboral. Se mejantes consideraciones se podrían hacer de la -- STCT 22 febrero 1975, que declaró procedente el -- despido por ineptitud del trabajador pues "equivocadamente estampilló 1125 piezas causando perjuicios a la patronal superiores a 300.000 ptas. y esa equivocación se produjo por no comprobar la correcta posición de introducción de la plancha en la -- prensa...".

- (3) Expresivo en orden a la consideración de la personalidad del trabajador para el juicio de valoración de la negligencia, el supuesto clásico contemplado por la jurisprudencia alemana del RG: a un capitán todavía no con mucha experiencia (conocido este hecho por el empresario), le fué encomendado el pilotaje de un barco por el mar del norte, a pesar de -- que todavía ni había recorrido este mar, ni había pilotado hasta ese instante un barco tan grande. Ocurredas una serie de dificultades y fallos durante -- la travesía, el RG negó la negligencia del capitán, si bien a otro experimentado no se le hubiese exonerado de los fallos y descuidos cometidos por -- aquel (RGZ 119,397).

- (4) Si se plantea la cuestión en términos interrogati-

vos, podría formularse del siguiente modo: ¿Puede ser esperado por el tráfico jurídico laboral una ejecución defectuosa de la prestación, motivadora de una falta, fallo o descuido, teniendo en cuenta la índole del trabajo, las circunstancias dadas del caso, y el grupo comparativo de trabajadores?. Si se responde en sentido afirmativo, debe negarse el reproche de la negligencia en la actuación del trabajador. Se resuelve por el contrario negativamente, así se estaría ya ante una falta típica negligente.

- (5) Bajo tales perspectivas se hace quizás innecesario el ejemplo clásico de GUMPERT al señalar como prototipos de trabajos propensos al riesgo para diferenciarlos del "normal", la gran atención y esfuerzo que requiere el conductor o el trabajador en cadena, así como el carácter rutinario o monótono de su trabajo, lo que determina una gran probabilidad de que ocurra una falta o descuido con motivo de su trabajo, y por contra la actividad tranquila del jardinero (en BB 1958 pág.741.Otros ejemplos, si -- bien ya desde una perspectiva crítica de tal distinción en GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.pág.55), quien y -- por ampliar el supuesto con KLEIN (ob.cit.pág.47), realizando su trabajo de manera irreprochable durante largo tiempo, rompió una pala o ante una repentina helada olvidó cubrir los rosales. No es en efecto el trabajo del jardinero propenso al riesgo o a la deficiencia en el sentido clásico de la distinción, pues no posee las características de la monotonía, peligrosidad, rutina, tensión, nerviosidad, rapidez en su ejecución, ruido, calor etc, propias sin embargo de aquel. La ejecución defectuosa del trabajo del jardinero, no debe considerarse a pesar de esto negligente, porque una falta semejante podría ocurrirle a todo jardinero en iguales o semejantes circunstancias. El típico descuido del jardinero, es tan "típico" (no negligente) como el propio del conductor o del trabajador en cadena. No es la mera "frecuencia estadística" (v.BOERGEN MDR.cit. pág.180) la que determina sin más la negligencia --y que por lo mismo se deba reputar negligente la actuación del jardinero--, sino la mera repetición, o incluso comisión ocasional (como la del jardinero) de la falta que no ocurriría en el grupo de trabajadores que realizan igual o semejante trabajo en las --

mismas circunstancias. No se trata por consiguiente de argumentar, que el jardinero, porque su actividad es tranquila (no propensa al riesgo o a la deficiencia), deba ser más o menos diligente que el trabajador conductor o el que trabaja en cadena, sino que cada uno debe aquella diligencia (siendo por lo tanto esta distinta) que conforme a la índole y características del trabajo se corresponde con su propio círculo del tráfico laboral.

III. Diligencia y responsabilidad del trabajador.

Con anterioridad se había ya señalado que lesionada la diligencia debida, se acudía normalmente, cuando menos en la praxis de nuestro derecho, por su mayor viabilidad, a la imposición de sanciones al trabajador, incluso la constitutiva de despido como se vió, como medio o manifestación reprobatoria de su actuación negligente. También se indicaba que dada la posibilidad legal contenida en los arts. 1101 CC y 63 LCT podía asimismo acudir a la indemnización por daños y perjuicios que la actuación culposa del trabajador hubiese producido. Caso de ser así, lo que sin duda ocurre raramente en la práctica, se debe indicar que la culpa de la que habla el art. 63 LCT, no es otra que la contenida en el art. 1101 CC, cuya interpretación debe entenderse a nuestro juicio en los términos expuestos en este capítulo.

Por lo que respecta a la responsabilidad, la posibilidad legal de exigir indemnización por daños y perjuicios surge siempre de la mera actuación negligente del trabajador, lo que a su vez significa que la existencia de gravedad en la conducta, no se constituye en "conditio sine que non" para poder exigir

al trabajador el resarcimiento, porque la denominada negligencia grave no se erige en ningún ámbito del - Derecho del Trabajo (1),-y junto a otros criterios - distintos del grado de culpabilidad-, en instrumento determinante de la existencia o no de la responsabilidad, sino en todo caso de su cuantía según la sana -- apreciación y criterio de los tribunales (art.1103 CC) y en base a los fundamentos que para la reducción de - la responsabilidad se crean más oportunos o convenientes de aplicación a la relación de trabajo, cuestión - en la que aquí no se entra (2).

Se piensa lo contrario para negar la responsabilidad del trabajador, hasta que no estime que su diligencia debida ha sido inobservada de manera grave, así habría que decir de nuevo que "quien solamente tiene que responder por negligencia grave, no necesita observar la diligencia debida en el tráfico"(3); dándose así la paradoja contraria al espíritu contractual (4) de que lo culposo, sería no obstante disculpado (5), y sentándose los fundamentos de una grave inseguridad jurídica - (6), todo lo que nuestro ordenamiento jurídico laboral debe evitar (7), obviando así muchas cuestiones problemáticas a que una argumentación tal ha dado lugar en - algunos ordenamientos del derecho comparado (8). La -- culpabilidad es un factor entre otros muchos que debe ayudar a determinar la altura o cuantía de la responsabilidad, se sustancie esta bien a través de una indemnización por los daños y perjuicios causados, bien a - través del establecimiento e imposición de sanciones; pero que una vez acaecida abre ya la posibilidad en -- cualquiera de las manifestaciones indicadas, sin que -

353

en nuestro derecho positivo sea dable pensar que aquella no surge hasta que correlativamente lo haga la gravedad en el comportamiento indiligente del trabajador.

- (1) Pues tampoco ocurre así en la imposición de sanciones -que como se decía, vienen a sustituir en la práctica a la indemnización por daños y perjuicios-, por cuanto es obvia la diferencia en la gravedad de la conducta justificante de un despido y aquella -otra determinante de una sanción menor.

- (2) De lo que se ha ocupado especialmente tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana. Se fundamenta la reducción de la responsabilidad en el art.34.2. de la GG, que limita la misma a dolo y negligencia grave para los ocupados en servicios públicos, no debiendo abarcar tal norma sólo a estos, sino que también debe contemplar al trabajador en el marco de la economía privada (DENECKE. RdA 1952 págs.209 y ss); o bien en la compensación de culpas, porque el empresario que transmite al trabajador una actividad propensa a la causación de daños, asume con esto una co-causación de los mismos que se puede -- producir con posterioridad (DERSCH.BB.1962 págs.501 y ss.); o bien, en la relación entre responsabilidad y remuneración. Se remunera al trabajador de manera especial por una especial responsabilidad en la ejecución de una actividad. Se tiene en consideración desde el punto de vista salarial la especial responsabilidad del trabajador en la ejecución de una actividad propensa al riesgo o a la deficiencia, así responde el trabajador ilimitadamente, porque el mismo contenido contractual ha previsto ya esta especial responsabilidad a través de una mayor remuneración. Decae por el contrario la responsabilidad del trabajador cuando no existe tal remuneración especial (ANDRESEN.BB.1962.págs.489 y ss.). El fundamento ha sido visto también en el deber de -- protección del empresario al trabajador (ACHTEMBERG. AcP.cit. págs.33 y ss.; GUMPERT BB.1955 págs.480 y ss.), así como en una relativa exclusión de la anti

juricidad en la conducta del trabajador (SCHNORR VON CAROLSFELD. Arbeitsrecht 2 edic.1954.págs. - 304 y ss.). Los sectores mayoritarios de la doctrina alemana fundamentan la limitación de la responsabilidad del trabajador en base al denominado "Betriebsrisiko" o riesgo de empresa, por cuanto el empresario constituye ya una fuente de riesgo, derivada de la peligrosidad de la tarea encomendada al trabajador o nacido de las circunstancias - del desarrollo del propio trabajo, con consideración además de los fallos humanos que en el transcurso de la ejecución de la prestación pueden ocurrir. El empresario puede protegerse contra riesgos semejantes concertando un seguro sobre los -- mismos o elevando el precio del producto en el -- mercado (por todos v. GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.-- págs.46 y ss.; 50 y ss. v.la doctrina y jurisprudencia que aquí se menciona). Dentro de una variedad tal de fundamentos entran además en conflicto diversos puntos de vista sobre cuando debe quedar reducida la responsabilidad del trabajador, si de manera total o parcial en caso de negligencia leve, o de si con negligencia grave debe responder o no siempre el trabajador. Por lo que respecta a la jurisprudencia, como circunstancias a considerar para la reducción o no de la responsabilidad del trabajador, establece el BAG al lado del grado de la culpabilidad de aquel, la desproporción de la cuantía del daño con los ingresos del trabajador, el nivel de riesgo que su trabajo conlleva, la existencia de un seguro que cubra la aparición de tales daños, el puesto del trabajador en la empresa, el riesgo de empresa, la altura de la retribución salarial del trabajador, si percibe o no - una prima por riesgo, la propia altura del daño - ocasionado, las circunstancias personales del trabajador, como la duración de su pertenencia a la - empresa, su edad y estado familiar, la conducta observada hasta el momento en que se produjo el suceso etc. (BAG st.25.9.1957.JZ 1958 pág.254,19.3. - 1958 en AuR 1960 págs.22 y ss. Consideraciones que han sido continuadas por la jurisprudencia posterior: LAG Düsseldorf (Köln) st.20.2.1962, en DB 1862 pág.643; LAG Frankfurt st.3.3.1964 en DB 1964 pág.1159; LAG Bremen st.11.3.1964, en DB 1964 pág. 627).

(3) ESSER.ob.cit.tom.I.pág.251.

(4) Por cuanto el contrato tendría que contemplar ya tácitamente el hecho de la posibilidad de un comportamiento negligente del trabajador, cortando la correlativa al nacimiento de la responsabilidad del trabajador por su actuación culposa.

(5) Así KUECHENHOFF.AuR 1969, pág.200

(6) Que se volvería incluso contra muchos de los argumentos esgrimidos en orden a reducir la extensión de la responsabilidad del trabajador. Piénsese -- por ejemplo en el deber de protección del empresario al trabajador que como fundamento de la reducción de la responsabilidad propugnaban ACHTEMBERG y GUMPERT (pág.533 nota nr.2). Sería contrario a la buena fe por inequitativo, el hecho de que en base al deber de protección deba cargar el empresario con el riesgo derivado de una conducta ne--gligente del trabajador.

(7) Se ha dicho que la tendencia general del derecho - europeo de que proceda solo la indemnización del - trabajador por los daños y perjuicios causados mediante su actuación negligente, solo puede hacerse efectiva cuando la conducta observada por el trabajador pueda calificarse de grave (sobre esto v.RIVERO LAMAS. Indemnización...cit.pág.236).

(8) La jurisprudencia alemana, sobre la base de la oscura distinción entre trabajo propenso al riesgo y trabajo normal, estableció para el primero una graduación de la responsabilidad del trabajador, en la que mediando dolo y negligencia grave se determinaba su completa responsabilidad, caso de negligencia leve se originaba el repartimiento de los daños producidos y mediando negligencia levísima, queda-

ba el trabajador exonerado por completo de responsabilidad. Por el contrario respondía el trabajador totalmente, cuando se trataba de la ejecución de un trabajo "normal". (BAG st.25.9.1957 en JZ -- 1958 pág.254; st.13.9.1959 en AuR 1960 pág.25; st. 30.8.1966.en AuR 1967 pág.60). Una graduación tal de la negligencia no fué admitida sin reparos por algunos sectores doctrinales, pues se volvía a la tricotomía clásica de la graduación de la culpa - en grave, leve y levísima, todo lo que era extraño al BGB, con la particularidad además de que viniendo esta graduación establecida para el trabajo propenso al riesgo o a la deficiencia, en los denominados trabajos "normales", surgiría ya la responsabilidad del trabajador, al venir este obligado a la observancia de una diligencia "exactísima" (así KUECHENHOFF.AuR cit.págs.200-201; MAYER-MALY AcP cit.págs.117 y ss.). La dificultad en la aplicación de un sistema tal fué aumentando a medida que las fronteras entre trabajo propenso al riesgo y trabajo "normal" se hacían más borrosas, todo lo que fué determinando nuevas posiciones juriprudenciales, tendentes también a limitar la responsabilidad en los trabajos denominados normales, y liberando en los propensos al riesgo de responsabilidad al trabajador por negligencia leve e incluso por negligencia grave (v.VON HIPPEL.ZRP 1971. - pág.217), lo que creó graves inseguridades e incongruencias jurídicas, pues no dejaba de entenderse del todo como en los trabajos propensos al riesgo o a la deficiencia se eximía de responsabilidad - al trabajador negligente, o incluso gravemente negligente, cuando precisamente por la índole y naturaleza de los mismos podría resultarse un aumento de la diligencia debida (STEINDORFF JZ pág.7; v. - asimismo KUECHENHOFF AuR.cit.págs.198; cfr. GAUL - AuR 1964 págs.264-265). Lo que en fondo subyace es una aplicación tan fuerte de los criterios objetivos del Derecho Común de la diligencia a la relación de trabajo que han determinado frecuentemente el hecho de que se hable de negligencia cuando en puridad no puede apreciarse; o de aquella como grave, cuando se está meramente ante una de carácter leve. De aquí que no sea extraña la reacción de un sector de la doctrina alemana (SCHEUERLE, KUECHENHOFF, STEINDORFF en ob.cit.) de propugnar un nuevo concepto de negligencia para el Derecho del Trabajo, cuando en puridad no se necesita.

5. LA "LABORALIZACION" DE LA CONDUCTA EXTRALABORAL DEL TRABAJADOR.

I. Consideraciones generales.

El tratamiento de la diligencia debida del trabajador en su esfera extralaboral o privada de importantísima y frecuente relevancia práctica, no constituye sino expresión del problema más general que atañe al ámbito de la libertad de la persona como tal, así como a los límites que a esta le vienen impuestos, por el mero hecho de que el individuo es al mismo tiempo miembro de una comunidad organizada en la que existen normas que adecúan su libertad, racionalizándola al cumplimiento de los fines y deberes sociales. Así, y al objeto aquí de nuestro interés, los derechos que amparan y protegen la libertad y el desarrollo de la personalidad del trabajador como individuo social, pueden colisionar de manera directa o indirecta con aquellos otros de empresario de reclamar y exigir la prestación del mismo.

El trabajador puede verse en ocasiones imposibilitado o impedido de poder continuar la ejecución de su prestación por causas exuadrables en la esfera de su personalidad que atañen, bien a su propia persona, o que por el contrario, si bien no se refieren a su persona en si misma considerada, tienen una estrecha ligazón con su amplia esfera personal.

-330-

Tales impedimentos poseen además la particularidad de que su nacimiento, no guarda una conexión totalmente directa con la realización de su trabajo, originándose en consecuencia, no ya dentro de la propia "vida laboral" del trabajador, sino que por el contrario surgen de manera extralaboral en su "vida privada o personal".

La conexión que directa o indirectamente se establece siempre en la relación de trabajo entre -- prestación y contraprestación de trabajador y em-- presario, se proyecta también sobre los supues-- tos aquí objeto de exámen, pudiendo verse afecta da de forma diversa cuando surge un impedimento en el trabajador que, teniendo sus raíces en su vida extralaboral, le imposibilita sin embargo - la continuación en el desarrollo de su prestación (1).

Las consecuencias jurídicas que del nacimiento de tales impedimentos puedan derivarse para el traba jador, no surgen de manera automática una vez ocu rrido el hecho impeditivo de continuar el desa-- rrollo de la prestación, sino que el ordenamiento jurídico, menciona y configura una serie de presu puestos, causas, o denominaciones de diversa índole, de las cuales se va a hacer depender, el que - efectivamente deba el trabajador cargar con las - consecuencias de la actuación en su vida privada o extralaboral. En este sentido, la ley para los supuestos en ella contenidos, no indica meramente que el trabajador pueda faltar al trabajo, sino - "avisando con la posible antelación y justificán-

dolo adecuadamente" (2); o que pueda ser despedido cuando haya cometido faltas de puntualidad o asistencia, sino cuando estas hayan sido "repetidas e injustificadas" (3); o que pueda darse por terminado el contrato de trabajo por incapacidad derivada de accidente o enfermedad, sino por aquella incapacidad que "no pueda atribuirse al trabajador", o que la enfermedad sea "justificada" (4); ni tampoco que el contrato pueda darse por terminado sino por ausencia "motivada"...(5).

La propia terminología empleada en nuestro ordenamiento jurídico laboral (6), así como el sentido interpretativo de sus normas, nos pone así de manifiesto la relevancia e incidencia de la conducta privada del trabajador en la consideración de tales supuestos, pensable aquella, bajo dos - vertientes fundamentales conexas en la práctica: la causa de justificación del hecho causante del impedimento, y el juicio de valor sobre el propio comportamiento del trabajador, como determinante o no de su actuación negligente. Surge - así la cuestión de saber delimitar cual sea la - proyección efectiva de la diligencia debida del trabajador sobre aquella otra de carácter extralaboral, que no obstante incide en el desarrollo de la prestación; a su vez, como deba ser entendida esta diligencia extralaboral desde una perspectiva general, sin olvidarse empero como hemos venido afirmando a lo largo de este trabajo, del carácter permanentemente revisable de la diligencia que hace el que la negligencia deba ser juzgada -

caso por caso, en atención a las propias circun-
tancias de hecho para un supuesto concreto.

Los supuestos que pueden determinar un impedimen-
to de mayor o menor duración para continuar el -
desarrollo de la prestación de trabajo son en rea-
lidad tantos, como casos pueden presentarse en la
práctica (7). Por otra parte, como ya se indicó,
las causas motivadoras de tales impedimentos pue-
den afectar de manera directa a la propia persona
del trabajador (8) o bien de manera indirecta, in-
cardinándose de forma muy variada en su amplia es-
fera personal.

Nuestro ordenamiento lista con carácter general -
determinadas causas que justifican el impedimento
del trabajador de realizar su prestación, asignan-
do consecuencias jurídicas diversas según se de o
no la propia causa de justificación así como el -
tiempo de duración del impedimento (9).

Frente a estas causas legales que en principio jus-
tifican el impedimento por el trabajador de reali-
zar su prestación, pueden surgir otras muchas, --
que, si bien no están previstas ni recogidas en -
la ley, pueden no obstante justificar en su caso
aquel impedimento de cumplir el trabajador con --
sus obligaciones laborales, no haciéndose recaer
por consiguiente en su esfera las consecuencias -
perjuiciosales del mismo (10). Por el contrario,
incluso las causas admitidas por la LCT justifica-
tivas del impedimento pueden venir afectadas en -

mayor o menor grado por un comportamiento o actuación tal del trabajador, que rompa ya el carácter justificante de las mismas, o si se quiere, aún conservándose este, vaya a operar de todos modos en contra del trabajador, por haber observado este un comportamiento negligente con anterioridad en el momento, o bien con posterioridad al nacimiento del hecho que impide el que el trabajador pueda continuar el desarrollo de su prestación.

- (1) Tales impedimentos que obstaculizan la asistencia al trabajo, pueden dar lugar a variadas consecuencias jurídicas: derecho a remuneración (arts.67, 68 LCT, art.25.3.LRL); suspensión del contrato de trabajo (art.79 LCT); resarcimiento de daños y -- perjuicios del trabajador al empresario (art.81 LCT); despido disciplinario del trabajador (art. 77 LCT, art.33 DLRT); o por circunstancias objetivas (art.39 ap.d) DLRT); bien en las propias Reglamentaciones de Trabajo.
- (2) Arts.67 LCT y 25.Tres LRL.
- (3) 77 a) LCT.
- (4) Arts.79.1. y 68 LCT.
- (5) Art.79-2 LCT.
- (6) Semejante se observa en el Derecho Comparado. Así por ejemplo el derecho alemán, habla de impedimen

tos pasajeros en el trabajador de ejecutar la prestación, ocasionados sin su culpa o negligencia -- ("ohne sein Verschulden": parágrafo 616.1.BGB; semejante la Lohnfortzahlungsgesetz, parágrafos 1 y 7). La ley alemana sobre regulación del pago del salario en días de fiesta, asigna determinadas consecuencias con repercusión salarial, cuando el trabajador en el día anterior al festivo o en el posterior, de manera inexcusable o indisciplinable ("unentschuldig"), no hace acto de aparición en su puesto de trabajo.

Una excepción a esta tendencia sobre la valoración de la conducta del trabajador, parece encontrarse en nuestro derecho en el DLRT en su art.39 d) al decretar el despido del trabajador por "faltas - "aún justificadas" de asistencia al trabajo...", calificando el propio art.39 uno, a tales circunstancias como "objetivas"; lo que probablemente de ba ser entendido, no sin dudas (v.ALONSO OLEA.-- Apéndice.cit.pág.21), como un supuesto especial - de fuerza mayor determinante de la extinción del - contrato, conforme a la norma general del art.76.6 LCT.

- (7) Por expresar resumidamente de algún modo esta varia da gama de supuestos, se puede indicar que estos - pueden abarcar o extenderse, desde un estadio o situación de inconsciencia o involuntariedad del - trabajador (quedarse dormido, llegando con retraso o faltando a su trabajo; secuestro del trabajador), hasta la total consciencia o voluntariedad en el mismo (enfermedad provocada o ausencia maliciosa) impidiendo la continuación de la prestación de trabajo.
- (8) Casos más frecuentes en la práctica los motivados por enfermedad o accidente del trabajador, que im piden la realización de la prestación al producir la interrupción en consideración a su estado de - salud.
- (9) Casos de muerte o enfermedad grave de padres, fa-

miliares o cónyuge, alumbramiento de la esposa - del trabajador, cumplimiento de deberes de carácter público o personal, o el ejercicio de cargos del mismo carácter, enfermedad o accidente, cumplimiento del servicio militar, alumbramiento de la trabajadora, matrimonio del trabajador, traslado de su domicilio habitual, y con motivo del disfrute de los derechos educativos generales y de formación profesional. (v.arts.67,68,79 LCT y art.25.3.LRL).

- (10) Sin duda otros supuestos pueden venir recogidos y regulados por acuerdos individuales o colectivos, o por las propias Reglamentaciones de Trabajo ampliando así los términos estrictos e insuficientes de la ley (v.CARRO IGELMO RDT.1955. nr.10 pág.81; piénsese por ejemplo en el acuerdo de conceder un permiso al trabajador para celebrar sus bodas de planta, o las boda de oro de sus padres etc.); y aún ocurriendo así, pueden - no obstante justificar el impedimento. Piénsese por ejemplo entre otros, en los casos de incendio en la propia vivienda del trabajador, o el - impedimento que puede motivar un escape de agua en su domicilio (tales supuestos podrían tener -- probablemente cabida en el art.25.3. ap.d) LRL, al hablar del cumplimiento de un deber inexcusable de carácter personal). De indicar, es que es tos son admitidos por la doctrina alemana actual, quien frente a interpretaciones anteriores más - restringidas (v.LOTMAR. Der Arbeitsvertrag.ob.cit. II.págs.167 y ss), ha venido interpretando en sen tido amplio y no estricto los impedimentos que - pueden afectar al trabajador de cumplir con su - prestación de trabajo en un afán por atender a - las necesidades prácticas actuales, conservando el trabajador derecho a la remuneración (v.STAUN DIGER/NIPPERDEY/MOHNEN. Kommentar zum BGB.II. 11 edic. parágrafo 616 nr.9; HUECK/NIPPERDEY ob.cit. I.págs.221 y 333; NIKISCH ob.cit.I.págs.611 y 615; W.STEINWELDEL.DB 1964.págs.1481). Mayor polémica encierra sin embargo, el hecho de si un procedi-- miento de la prestación a consecuencia de obstácu los o circunstancias en mayor o menor grado obje-- tivas (piénsese por ejemplo en fallos imprevistos

en los medios de transporte público, colisión de los mismos, colapso del tráfico rodado etc.), -- pueda caer dentro de su esfera personal (en sentido afirmativo G.SCHAUB ob.cit.págs.458 y ss.; STEINWEDEL cit.pág.cit.), y en consecuencia justificar su ausencia o retraso.

II. Deber de mantenimiento de la capacidad productiva.

1. Posiciones doctrinales.

El problema de la negligencia del trabajador en su esfera privada, no va dirigido a contemplar su diligencia en relación directa con su prestación de servicios, sino que por el contrario se conecta aquí en primer plano con la conducta y actitud -- que el mismo deba observar a fin de evitar o prevenir aquello que impida con posterioridad la realización de su prestación. Su diligencia parece -- así tener como base un deber de consideración del trabajador al mantenimiento de su capacidad de -- trabajo y puesta a disposición de su empresario -- que le permita con posterioridad poder cumplir con sus deberes laborales.

Bajo tales perspectivas se plantean dos cuestiones fundamentales. La una hace referencia a la existencia o no en la esfera jurídica del trabajador de -- la obligación de mantener y no perder su estado de salud y capacidad productiva frente a su empresa--rio; la otra, en estrecha conexión con la primera, y caso de afirmarse la existencia de tal deber, con

siste en saber cómo y/o con qué criterios deba -- ser entendida la diligencia del trabajador en su esfera extralaboral, tendente a hacer efectivo -- aquel deber. Respecto a la primera cuestión planteada, por cuanto la segunda se verá con posterioridad, se ha reaccionado con mayor o menor intensidad en sentido negativo frente a la existencia y virtualidad de semejante deber jurídico en la esfera extralaboral-privada del trabajador.

Así, se han manifestado algunos sectores de la doctrina española y alemana. El trabajador no viene -- obligado por regla general a mantener su estado de salud y capacidad de trabajo frente a su empresario (1). No existiendo tal obligación de manera general, sí puede en efecto aparecer, cuando el trabajador la ha asumido o aceptado de manera expresa a través de un acuerdo especial contractual (2), -- pero sólo bajo tales requisitos y condiciones, por que a través del contrato de trabajo, no asume el trabajador la obligación de mantener su capacidad y fuerza productiva. La conducta observada por el trabajador en su vida privada extralaboral, no -- tiene nada que ver por regla general con sus deberes contractuales de cumplir la prestación (3).

La postura contraria, afirmar en mayor o menor grado el deber del trabajador de mantenerse apto y capaz para posibilitar el posterior cumplimiento de sus obligaciones laborales, no está sin embargo -- desechada en la Doctrina. El trabajador debe procurar en lo que le sea posible el mantenimiento --

de su capacidad y fuerza de trabajo en su vida - extralaboral (4); solamente de esta manera y junto a la correlativa responsabilidad del empresario en el mantenimiento de la capacidad productiva del trabajador, queda garantizada la inviolabilidad de la fuerza de trabajo y su protección como auténtico bien jurídico (5).

- (1) v.BOBROWSKI/GAUL.Arbeitsrecht...ob.cit.pág.458;E. FREY.RdA 1955 pág.47; HANAU/ADOMEIT.Arbeitsrecht..ob.cit.pág.152.En este sentido, también algunas - resoluciones jurisprudenciales alemanas (BAG st. 5.4.1962, en BB 1962 págs.839-840, con comentario de GUMPERT; LAG Niedersachsen, st.24.4.1967 en -- ARstW 1968 pág.79; LAG Hamm, st.22.12.1970, en BB 1971 pág.478).
- (2) GAMILLSCHEG/HANAU ob.cit.pág.4; v.también STEIN--DORFF (JZ 1959 pág.9), quién sin embargo, como se verá, no acepta el acuerdo expreso, como único fundamento de este deber.
- (3) En este sentido KROTOSCHIN, al que se adjunta VIDA SORIA (La suspensión del Contrato de Trabajo. Ma--drid 1965.pág.112), quien asimismo niega el deber de puesta a disposición del trabajador durante el período de vacaciones (pág.120). Para BOBROWSKI/GAUL incluso con la causación negligente por el - trabajador de una enfermedad, no lesionaría este sus deberes contractuales (ob.cit.pág.458).
- (4) En este sentido B.CREMADES (La sanción...ob.cit. págs.193-194): "El trabajador está...obligado a -

hacer todo lo que esté en su mano para mantener su capacidad productiva". Semejante en la Doctrina - alemana: M.LOEWISCH.AcP cit.pág.431. Señala LEHMANN que la diligencia refleja entre otras cosas el mantenimiento de la posibilidad de la prestación (en WEILBAUER. Die ergänzenden...ob.cit. pág.5). Polémico es asimismo si el mantenimiento de la capacidad productiva del trabajador, -y en el marco del art.35 LCT-, alcanza también al período de vacaciones (sobre esto v.B.CREMADES ob.cit.págs.cit. y MARTIN PRIM en Diecisiete Lecciones sobre la LRL. cit.págs.375 y ss.)

- (5) Así W.ROESSLER. Die Arbeitskraft als Rechtgut.Berlín 1932 pág.35; v.también BALLERSTEDT.JZ págs.389 y ss.

2. Juicio crítico.

Se ha dicho ya con anterioridad que la conducta - del trabajador en su vida extralaboral viene a reflejar, desde una perspectiva general, la tensión entre su libertad personal y las exigencias sociales de una comunidad organizada, en particular, - aquellas que fundamentaban el derecho del empresario a reclamar la prestación de su trabajador. Limitándose el deber de prestación a determinados y periódicos períodos de tiempo, constituye ya su - propia existencia un límite a la extensión del derecho al desarrollo de la libertad personal del trabajador. Este derecho se ve así recortado con motivo de la existencia de obligaciones contractuales como son las derivadas de la relación de trabajo (1). La propia celebración o conclusión del

contrato limita ya la libertad de acción en su esfera privada (2).

Sin embargo, el trabajador en su tiempo libre no está sometido, y en este sentido tampoco vinculado a su prestación, porque la mera existencia temporal de la relación de trabajo no puede servir - para fundamentar el que aquella prestación se encuentre en situación de cumplimiento (3) de manera constante o permanente.

El trabajador no viene obligado a establecer y organizar su conducta en su esfera privada de tal - manera que tenga siempre presente el cumplimiento posterior de su prestación, por cuanto tal situación no corresponde a criterios equitativos y de justicia, así como tampoco a los principios que - informan la relación de trabajo -entre ellos la buena fe-, el hecho de que haya de esperarse del mismo una total o entera organización y estableccimiento de su tiempo libre, conforme a las necesidades y exigencias de su prestación de trabajo (4). En su esfera privada no debe verse obligado el -- trabajador a poner a disposición de su empresario su entera fuerza de trabajo, sino que por el contrario esta, en los términos aquí indicados, debe meramente constreñirse al tiempo efectivo durante el cual debe ser realizada la prestación (5).

Las argumentaciones expuestas no llevan en realidad a negar el deber de mantenimiento, sino sola-

mente a tratar de fijar de alguna manera sus límites, el tope máximo por debajo del cual puede venir configurado.

Una de las notas típicas que conforman la relación de trabajo, reside en el establecimiento de una situación de confianza entre trabajador y empresario, una de cuyas múltiples manifestaciones es la de que precisamente tanto trabajador como empresario, una vez iniciada la relación de trabajo, esperan y confían en una cierta estabilidad - de la misma, estabilidad a la que presta protección el propio ordenamiento jurídico. El deber genérico de trabajar que el trabajador asume con la celebración del contrato, le lleva a la observancia - de un determinado comportamiento tendente al cumplimiento satisfactorio de aquel. Este deber no - se agota sin embargo en el marco espacial-temporal de la ejecución de la prestación, sino que se proyecta asimismo mediante una interpretación equitativa y razonable del contrato de trabajo conforme a la buena fe (art.1258 CC), fuera del contorno - de la propia relación de trabajo, obligando así - al trabajador en el marco de su vida extralaboral a tomar en consideración sus deberes profesionales.

Por otra parte los riesgos que las acciones personales del trabajador pueden acarrear para su empresario no se pueden cargar ilimitadamente a este último, no sólo por cuanto esto no se dejaría en-

tender del todo con una recta interpretación del principio de la buena fe, sino que incluso una solución tal, podría no ser equitativa, ni venir justificada en base a puras consideraciones económicas.

La negación del deber del trabajador de tomar en consideración su prestación de trabajo, dejaría en cierta manera sin contenido el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones entre trabajador y empresario, porque entonces no se entendería porqué este último, en base a su deber de protección, deba cargar con las consecuencias de la actuación del trabajador en su esfera privada (6), no teniendo por contrapartida derecho a exigir de aquel un cierto mantenimiento de su capacidad productiva, puesto que precisamente el deber de fidelidad del trabajador, materializado aquí en la obligación de tomar en consideración su prestación, prohíbe utilizar para sí el deber de protección del empresario, cuando precisamente su conducta lesiona o contradice la buena fe (7).

De otra parte, la negación del deber de toma de consideración, colocaría todavía en situación más difícil el grave problema que ya de por sí existe desde la perspectiva económica antes apuntada. La protección social dispensada al trabajador que justifica la propia de la percepción de su salario (8), o de la conservación de su puesto de trabajo,

una vez acaecidos hechos que impiden a aquel continuar con la realización de su prestación, no - siempre puede conducir a resultados justos y equititativos, tanto más si se contempla la gran dife--rencia en la capacidad económica, de una gran empresa con una pequeña o incluso mediana empresa (9), no pareciendo oportuno argumentar a la vista de estas cargas económicas, que el trabajador no deba procurar el mantenimiento de su capacidad - productiva, por cuanto podría resultarse así una utilización abusiva del deber de protección empresarial al observarse sólo de parte de la empresa el principio de la buena fe, no sin embargo del - lado del trabajador.

Si se admite que es misión del legislador el limitar el deber de protección del empresario de manerra que pueda ser evitada una injusta sobrecarga - al mismo (10), no puede este desoir la llamada a potenciar el deber de toma de consideración, ni dejar sin contenido las consecuencias jurídicas que de su inobservancia se puedan resultar (11).

La afirmación de que por regla general no viene - obligado el trabajador a mantener su capacidad de trabajo y a tomar en consideración el futuro y periódico desarrollo de su prestación laboral, choca por tanto con una interpretación razonable del contenido y espíritu del contrato conforme a la - buena fe. Así, si bien el trabajador no lesiona - de una manera directa sus deberes laborales, por-

que de todos modos no está trabajando, sí los le siona sin embargo de manera indirecta al infrin gir su deber de fidelidad que por su especial na turaleza, rebasa ya el propio ámbito espacial-tem poral de la prestación dentro de la propia rela-- ción de trabajo, para proyectarse también a su vi da extralaboral.

Bajo tales consideraciones resulta dudosa la afir mación de que el trabajador no esté obligado a -- mantener su fuerza de trabajo y a tomar en consi deración la posibilidad de poder seguir realizando en el futuro su prestación. El propio deber de fidelidad del trabajador conforma su conducta y - actuación en su esfera extralaboral en orden a -- mantenerse en un estado tal, que posibilite el po der realizar y cumplir con posterioridad sus debe res laborales de manera satisfactoria, sin que por ello se afirme que el trabajador tenga que pospo ner por completo su vida privada con el fin de -- mantener su propia fuerza de trabajo (12).

Por otra parte, el deber de toma de consideración o mantenimiento de la capacidad productiva, no só lo debe verse como un deber jurídico-laboral en - sentido estricto en los términos expuestos, sino que su proyección se extiende más allá, hasta el punto de que asimismo debe ser considerado como un deber de carácter político-social. Su afirma-- ción es una determinante más que junto a otras, - hace comprensible el porqué una sociedad civiliza da exige, fomenta y protege la continuación del - pago del salario al trabajador, así como ciertas

garantías de estabilidad en el empleo, cuando es te con motivo de la actuación en su vida extrala boral de alguna manera se ve impedido para traba jar, proyectando así la función del salario por encima del carácter de mera contraprestación por el trabajo realizado, hacia una verdadera función social del mismo como elementeo asegurador de con diciones dignas de existencia del trabajador y - su familia, y superando la concepción meramente cambiaría del contrato de trabajo al elevar la - capacidad productiva del trabajador, de su condi ción de mercancía, a la categoría de un verdade ro bien social objeto de protección jurídica.(13) Frente a esta protección social debe mostrarse el trabajador como miembro responsable de la comuni dad de la que forma parte, cuidando de su salud física y psíquica así como procurando desarrollar una conducta privada que le posibilite con poste rioridad el seguir aportando su esfuerzo y utili dad laboral al servicio de la sociedad y en bene ficio propio y de los suyos. Decir que el ciuda dano tiene el derecho a trabajar, y por consi guiente el deber social de hacerlo, es decir cier tamente muy poco, si no se afirma a su vez aquel - otro que posibilite y haga efectivo este.

(1) Así la st.del BAG de 13.6 1958 (BB 1958 pág.877).

(2) STEINDORFF (JZ 1959 pág.9).

- (3) Una argumentación tal encontraría solo fundamento, partiendo de una interpretación rígida de los principios de la teoría de la incardinación del trabajador en la empresa (sobre la "Eingliederungstheorie" y las consideraciones expuestas v. NIKISCH.ob.cit. I.págs.164-165).
- (4) En este sentido v.FABRICIUS. Die Leistungsstörungen.. ob.cit.pág.111.
- (5) En este sentido v.GERICKE KARLHEINZ (AuR 1959 págs. 359-360); A.WITTHOLZ (BB 1958 pág.413).
- (6) Por ejemplo pagándole el salario caso de impedimento en el trabajador de realizar la prestación. Constituye en efecto el deber de protección del empresario - el fundamento jurídico tendente a cargar en su esfera de riesgo tales impedimentos, bien que no interviniendo culpa del trabajador, lo que se verá más adelante (v.HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.págs.325 y 329 y - ss.; A.SOELLNER. AcP 167 (1967) págs.132, 137-145; LARENZ. Lehrbuch...I. cit.pág.208).
- (7) La afirmación de que el deber de fidelidad proporciona un juicio de valor, de si el trabajador puede cargar sobre su empresario la consecuencia de su conducta (v.HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.332 nota nr.32. Se mejante NIKISCH.ob.cit.I,pág.615 y M.LOEWISCH AcP - cit.págs.446-447; para KROTOSCHIN, la responsabilidad del empresario no debe cumplir en circunstancias contrarias a la equidad: en VIDA SORIA ob.cit.pág. 112), quedaría falta de contenido y virtualidad en la esfera extralaboral si dijésemos que el trabajador no viene obligado a tomar en consideración el - desarrollo futuro de su prestación.
- (8) v.las consideraciones que hace MATIA PRIM cit.págs. 308 y ss.

- (9) Aquella suele calcular, ya con antelación incluso estadística, aquellos supuestos y circunstancias que puedan impedir la continuación de las prestaciones por los trabajadores a su servicio. En una pequeña empresa por el contrario, puede ocasionarse la ruina o quiebra económica de la misma, por el mero hecho de que alguno de sus trabajadores - se vea impedido para continuar la ejecución de su prestación durante un determinado período de tiempo. En este sentido se expresa KUCHENHOFF (AuR -- 1965 pág.133), quien ve la solución a tales problemas, como una fundamentalmente de carácter político, que bajo aspectos laborales o bien meramente - de pura previsión social, ha venido ocupando en -- los últimos años al Parlamento y opinión pública - alemanas.
- (10) Así NIKISCH (ob.cit.vol,I,pág.610; v.también STAUNDIGER/MOHNEN, BGB Kommentar ob.cit.parágrafo 616 nrs.10 y 14).
- (11) De esta manera alcanzan verdadero sentido las normas tendentes a sancionar el hecho de que el trabajador no haya mantenido su capacidad productiva y - puesta a disposición de su empresario, para el cumplimiento posterior de su prestación laboral. Así el trabajador debe acudir al trabajo y puntualmente además (art.33 DLRT y art.77 a) LCT), debe avisar con antelación cuando vaya a faltar a su trabajo, justificando además la certeza del motivo alegado (art.67 LCT), debe evitar toda actuación o -- conducta imprudente que le produzca incapacidad para trabajar (art.79 LCT), debe ponerse en situación de realizar la prestación. Si abandona el trabajo, debe indemnizar al empresario por daños y perjuicios (art.81 LCT). Esta normativa dirigida a contemplar, y en cierta manera a sujetar la actuación o conducta del trabajador en su vida extralaboral, da lugar a una diversidad de consecuencias jurídicas caso de infracción, todo lo que no se dejaría entender de manera completa si no se afirma para la esfera privada del trabajador el deber de mantener -

su capacidad productiva, que no es sino la proyección extralaboral de su deber genérico de trabajar. Así, por citar un supuesto de entre los de la normativa indicada, no se dejaría justificar del todo sin ningún tipo de reservas, por qué el trabajador que abandona su trabajo deba indemnizar a su empresario, porque en definitiva aquel, solamente se habría ocasionado un daño a sí mismo no sin embargo al empresario, porque fuera del tiempo de trabajo, no estaba aquel obligado a mantener su capacidad productiva. Argumentar que en este supuesto y semejantes lo que el trabajador en realidad viola es su contrato de trabajo, no debilita, sino que por contra refuerza el razonamiento anterior. El trabajador viola efectivamente su contrato de trabajo, porque a su vez viola la proyección del mismo en su esfera extralaboral; fuera de su jornada de trabajo sólo puede lesionar estas las obligaciones asumidas en el contrato, cuando correlativamente infringe los deberes tendientes a posibilitar el cumplimiento de aquellas. Por otra parte la propia terminología contenida en el ordenamiento jurídico laboral en la normativa mencionada, no se dejaría tampoco entender del todo al negar el deber de mantenimiento por el trabajador de su capacidad productiva. Si en efecto la LCT o el DLRT en relación con las faltas de puntualidad o asistencia, la incapacidad o ausencia del trabajador, contiene expresiones tales como "injustificadas", "atribuible", "motivada" etc. es porque precisamente de estas expresiones se está deduciendo bien la justificación o motivación del incumplimiento de un deber, bien la imputación de su inobservancia, no pudiéndose de lo contrario hablar en ningún caso de actuación negligente del trabajador en su vida privada, porque consecuentemente no puede ser negligente, imputable o reprochable lo que no viola o lesiona ningún deber. Se afirma por contra que lo que se viola es el deber de trabajar, así no se comprende como pueda ser lesionado este fuera del tiempo de trabajo, si no es precisamente por la propia proyección del mismo en la esfera privada del trabajador, lo que en otras palabras significa ya el afirmar el deber de mantener la capacidad productiva y toma en consideración de la prestación por el trabajador en su esfera extralaboral.

- 337
- (12) En este sentido v. STAUNDIGER/NIPPERDEY/MOHNEN. Kommen
tar...ob.cit. parágrafo 616 BGB nr.13. No se persigue
por tanto el "agotar" la idea de que el trabajador -
deba también mantener en su tiempo libre su capaci--
dad y fuerza de trabajo a disposición de su empresa
rio, sino que simplemente se trata de una toma en -
consideración de sus obligaciones laborales, conform
e a una interpetación razonable de la buena fe, de
rivada del espíritu y contenido del contrato, lo que
permite afirmar el deber del trabajador de mantenerse
en estado de poder cumplir con posterioridad su
prestación, no sin embargo hasta el punto de lesio--
nar su libertad de acción, así como el desarrollo de
su personalidad en su esfera privada.
- (13) Acertadamente aborda ROESSLER la cuestión que aquí
nos ocupa, al señalar textualmente: "Was würde aber
der ganze Arbeitsschutz und eine allgemeine gesetzliche
Festlegung der grundsätzlichen Unverletzlichkeit der
Arbeitskraft nützen, wenn der Arbeitnehmer nach der
Arbeit, z.B.durch "übermäßige sportliche Betätigung
oder durch häufigen und ausgedehnten Besuch von Gast-
und Vergnügungstätten, oder nach der Pflichtarbeit -
sogar noch durch umfangreiche Schwarzarbeit, seine -
Arbeitskraft in einer Weise überanstrengt, dass er -
entweder überhaupt nicht mehr, oder zumindest nur in
beschränktem Masse zur Leistung der von ihm geschul-
deten Arbeit fähig ist". (ob.cit.pág.34).

III. Conducta privada del trabajador y diligencia debida.

1. Introducción.

La afirmación del deber de mantener la capacidad -
productiva y fuerza de trabajo, no expresa en rea-
lidad por sí misma, qué conducta o actitud general
deba observar el trabajador en su esfera privada o
extralaboral, tendente a dar una efectividad verdad
dera y real a aquel deber. Sin duda tiene lugar la

culpabilidad del trabajador, lesionando sus deberes laborales, cuando este dolosa o negligentemente se pone en la imposibilidad de poder realizar su prestación de trabajo en el tiempo en que esta era debida (1). Qué grado de diligencia deba observar el trabajador en tales supuestos, y cómo además deba ser entendida la misma, son problemas altamente debatidos que deben ser resueltos desde perspectivas equitativas, tanto para el trabajador como para el empresario.

La llamada a la buena fe, como moderadora del deber de mantenimiento y toma de consideración de la prestación por el trabajador, junto a una interpretación realista y razonable del espíritu del contrato, va a ser de todo punto necesaria para la efectiva realización de este deseo de equidad, constituyendo los criterios conformadores que nos permitan averiguar la medida de la diligencia exigible en tales supuestos, sin que por ello se viole la libertad del trabajador y el desarrollo de la personalidad en su esfera privada. En este punto intermedio debe ser examinada la conducta extralaboral del trabajador.

Como criterio delimitador de la conducta del trabajador en su esfera privada, se ha recurrido a la denominada "culpa contra si mismo" (2), como reflejo de una noción amplia de la negligencia, de una culpabilidad entendida en sentido no técnico o impropio de la palabra, que no encierra en realidad falta alguna que conlleve lesión o violación de una

obligación jurídica (3). La ampliación de esta no
ción da como criterio suficiente para la afirma--
ción de la negligencia, la lesión de aquella diligi
gencia que un hombre prudente y razonable acostum
bra a observar en su propio interés (4).

Un criterio tal, no resulta sin embargo totalmente
idóneo para determinar con claridad el juicio de
valoración de la negligencia del trabajador en su
esfera privada, ni por su relación con los deberes
laborales del mismo ni por su propia formulación.
En cuanto a esta última (5) la misma interrelación
de los términos que esta encierra, da pie a una --
cierta confusión pues no dejan discernir con claridi
dad en qué relación se encuentran los elementos obje
tivos con los subjetivos, ni en consecuencia - -
muestran de manera nítida un criterio a seguir pa-
ra valorar o enjuiciar la actuación del trabajador
en su esfera extralaboral (6).

Ponemos el acento del lado subjetivo de la noción
de culpa contra si mismo, así supondría ya esta la
puesta en práctica de un criterio de diligencia --
que tendría en cierto modo como único contenido las
meras exigencias subjetivas que una persona se cologa
ría en la esfera de su individualidad, tomándose
en consecuencia como medida de la diligencia del -
trabajador para tales supuestos, un criterio de val
lor tan poco nítido según se sabe, como el de la
diligencia que el trabajador acostumbra a observar
en sus asuntos personales (7).

Se contempla por el contrario la noción que ahora nos ocupa desde su perspectiva opuesta, así aparece una medida de diligencia de carácter "quasi-objetivo", al ser ya suficiente para la determinación o afirmación de la negligencia en el trabajador, aquella lesión de la diligencia que un hombre razonable debe observar sobre su salud en su propio interés (8) no permitiéndose de esta forma un amplio campo de acción en favor del trabajador (9), por cuanto su mera entrada en la esfera de un riesgo potencial (la mera práctica de un deporte por ejemplo) sería ya negligente (10) y por tanto la eventual incapacidad para el trabajo surgida del mismo "atribuible" al trabajador conforme al art. 79.1.LCT (11).

-
- (1) Así LOTMAR ob.cit.II.pág.180 (semejante SCHNORR VON CAROLSFELD. Arbeitsrecht...ob.cit.págs.209 y ss.No es sin embargo de aceptar sin reservas la interpretación de lo que LOTMAR entiende por negligencia en la esfera privada del trabajador. Sobre esto cfr. HUEXK/NIPPERDEY ob.cit. I.pág.331 y NIKISCH ob.cit. I.pág.614).
- (2) En nuestra doctrina se refiere a ella sin aceptarla, entre otros, SATOS BRIZ (ADP cit.pág.629, y Responsabilidad...ob.cit.pág.53). Por lo que respecta a la doctrina alemana, el número de representantes de la noción "Verschulden gegen sich selbst", ha ido paulatinamente decreciendo. Contemporáneamente ha recurrido NIKISCH a tal concepción si bien con algunas reservas (ob.cit.vol.I.pág.614; últimamente ERMANN, BGB Kommentar cit.; comentario al parágrafo 616 BGB).

- (3) Así la concepción ZEUNER (JZ 1966 págs.1-2), al que sigue en nuestra doctrina SANTOS BRIZ, quien señala tal acepción como insuficiente en orden a conseguir una calificación de la culpa en sentido jurídico propio, "aunque hay autores que ven como nota común de la culpa contra si mismo y de la culpa en sentido propio la infracción de un interés, la actuación --contraria a los valores protegidos, lo que da como consecuencia el tratamiento de ambas a tenor de una medida unitaria" (RDP cit.pág.cit.). Vestigios de la culpa contra si mismo se encuentran en nuestro CC - en los arts.1302, 1303, 1307, 1484 in fine, 1184, - 1261, y en el C.de C.arts.336 y 342 (SANTOS BRIZ.La Responsabilidad ob.cit.pág.53 nota nr.54).
- (4) v.FABRICIUS ob.cit.págs.111-112; HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.331, en donde se indica que conforme a este criterio sería ya culposo el impedimento de realizar la prestación, cuando el mismo hubiera sido - ocasionado por una conducta imprudente, descuidada, ligera o contra las buenas costumbres.
- (5) La primera queda en realidad contestada con la afirmación del deber de mantenimiento por el trabajador de su capacidad productiva en los términos vistos. Siguiendo a ZEUNER y SANTOS BRIZ, afirmando que esta noción no encierra realmente violación alguna de un deber jurídico, contradice de plano la esencia de la culpabilidad que tiene siempre que tener como contrapartida la existencia de un deber jurídico lesionado. Ciertamente como se vió, no debe el trabajador - aquella diligencia que le oblige a mantener frente a su empresario su total fuerza de trabajo, lo que no significa sin embargo que no pese ningún deber jurídico del mismo en tal sentido, sino que por el contrario, debe el trabajador aquella diligencia tendente a posibilitar en el futuro la realización de su prestación.
- (6) ¿Pues cuál sería en realidad la diligencia que un - hombre prudente y razonable suele observar en su --propio interés?. ¿Cómo se conjugan las nociones de

"prudencia" y "razonabilidad" con la de "habitualidad de una conducta personal"?, y finalmente, ¿qué se quiere significar con la noción del "propio interés?".

- (7) En este sentido FABRICIUS (ob.cit.págs.111-112), - quien además indica que de esta manera se produciría una manifestación individual y personalista de las obligaciones y deberes del trabajador en su esfera privada que dejaría inconsiderada la proyección social de los mismos, imposibilitando así tal criterio el cumplimiento de aquellos deberes que conlleva el propio desarrollo de la vida en común, que el trabajador está obligado a observar como miembro - del grupo social en el que está inmerso.
- (8) FABRICIUS ob.cit.pág.cit.
- (9) FREY E.RdA cit.pág.47.
- (10) En este sentido v.HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.págs.331-332, en donde se señala que incluso los defensores de esta teoría, muestran ya reparos a tales consecuencias prácticas. La noción de la culpa contra si mismo es criticada también por G.SCHAUB.ob.cit.pág.460. Paradójicamente la doctrina alemana aún abandonando el criterio de la culpa contra si mismo, recurrió (en contra FABRICIUS ob.cit.págs.111 y ss.; -- STAUNDINGER/NIPPERDEY/MOHNEN.Kommentar ob.cit.comentarios nrs.13 y ss.) a la aplicación de la medida de la diligencia debida en el tráfico del parágrafo 276 BGB de manera tan fuertemente objetiva, que prácticamente no quedaba espacio para la aplicación en favor del trabajador de las normas sobre continuación del - pago del salario o protección al puesto de trabajo, caso de impedimento de poder seguir cumpliendo con la prestación, lo que llevó a afirmar la negligencia del trabajador en su esfera privada, sólo cuando mediase una "grave" contravención de la diligencia debida en el tráfico del parágrafo 276 BGB - - (v.HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.págs.331 y ss., NIKISCH ob.cit.I.pág.615) materializando la formulación genérica de la diligencia debida en el tráfico del parágrafo 276 BGB, sin abandonar ya la exigencia - - -

a la nota de gravedad de la negligencia, doctrina y jurisprudencia han hablado a menudo de la culpabilidad del trabajador en su esfera privada, cuando el impedimento de cumplir con posterioridad la prestación ha sido ocasionado en base a una contravención grave de la conducta que podría esperarse de una persona razonable en su propio interés (v. GUMPERT BB1960 pág.524; BOBROWAKI/GAUL ob.cit.pág. 458; BROX H. Arbeitsrecht.1974.pág.62; GROSSMANN/SCHNEIDER. Arbeitsrecht.1971.págs.88 y 94; HANAU/ADEMEIT ob.cit.págs. 152, quienes se acogen así mismo a esta formulación, aportando sin embargo mayor claridad, por cuanto no mencionan la expresión "en su propio interés"), con lo que en realidad se recurrió a la formulación que había servido de soporte a la noción de culpa contra si mismo, mitigándole sin embargo al exigir la gravedad de la negligencia como determinante de la responsabilidad del trabajador. De señalar es aquí lo ya dicho en otros lugares de este trabajo (pág.535 nota nr.8): si se adopta una medida de la diligencia realista y razonable como en las páginas siguientes de este trabajo tendremos ocasión de examinar, el problema se resulta de mera calificación terminológica, en el fondo de resultados prácticos semejantes: lo que se califica como negligencia grave, no constituye en realidad sino negligencia, lo que se quiere imputar como tal, no es sino el reflejo de una conducta defectuosa, pero "diligente". Sin embargo, la exigencia de la gravedad "real" y no "ficticia" de la negligencia va a ser de gran relevancia en algunos supuestos que con brevedad serán analizados.

- (11) Se llegaría por este camino a postular que el trabajador en definitiva en su esfera privada actúa "por su propio riesgo", riesgo que se produciría por cualquier impedimento de poder cumplir con posterioridad la prestación siendo así este ya imputable, sin atender al comportamiento observado por el mismo, - lo que indudablemente no fué la intención del legislador a tenor del art.79.1.LCT, ni se corresponde - tampoco con la interpretación estricta que le asigna la doctrina al término "atribuible" del mencionado precepto (por todos v.VIDA SORIA ob.cit.pág.107 y la referencia allí hechas en nota nr.61 a la doctrina). Por otra parte, si se considera que en el fondo el actuar por propio riesgo encierra una fuerte

objetividad, reflejo de una diligencia "exactissima", habría que decir con LOEWISCH, que de esta manera debería mantener el trabajador la posibilidad de realización de su prestación con el mismo grado que si se tratase de un vendedor (AcP cit.pág. 446), lo que -- obviamente resulta extraño a la finalidad protectora de la normativa referida a la conducta extralaboral del trabajador, así como a una razonable aplicación del principio de la buena fe en los términos examinados (sobre esta problemática v. las consideraciones de ROESSLER ob.cit.págs.33 y ss).

2. La diligencia exigible.

A. Medida general de aplicación.

Entre los puntos de apoyo con cuya ayuda se va a determinar la diligencia exigible, existe uno, que jugando ya como se vió un papel capital en la configuración de la diligencia debida del trabajador dentro de la propia relación de trabajo, se va a proyectar con igual fuerza y relevancia en la esfera privada del trabajador. La referencia es hecha a la costumbre y al uso, no sin embargo en el sentido laboral-profesional utilizado con anterioridad, sino por el contrario en su significado social y ciudadano, como criterio base conformador de la medida general de la diligencia. En esta línea, debe adecuarse la diligencia del trabajador en armonía con aquellos deberes tendentes a conseguir objetivos jurídicos así como políticos sociales en los términos vistos. Criterio de diligencia exigible al trabajador sería por tanto aquel que puede ser esperado de una persona razonable como miembro de la colectividad social; lo que implica no sólo la consideración, si

no también la admisión de aquellas situaciones o riesgos que se conectan de forma natural, normal y usual con el propio desarrollo en comunidad de la vida humana (1).

El trabajador, por consiguiente debe poder observar aquel comportamiento, actuar de aquella manera o dedicarse a aquellas aficiones o pasatiempos, que, -- aún cuando puedan ocasionar riesgos o situaciones -- que con posterioridad le puedan impedir o dificultar de alguna manera el correcto desarrollo de su prestación laboral, sean no obstante observadas y practicadas de manera normal y razonable, como modo de vida acostumbrado en el marco de una sociedad (2) (3).

Es precisamente este riesgo social aceptado por la comunidad lo que, garantizando la libertad y el desarrollo de la personalidad del trabajador en su esfera privada, impide no obstante que este venga -- obligado a observar aquella diligencia tendente en todo momento a evitar cualquier situación, o a inhibirse de toda actuación con la finalidad de mantenerse apto y capaz para el cumplimiento futuro de sus deberes laborales (4).

Por otra parte este riesgo social no sólo viene reconocido y aceptado, sino que en algunas de sus manifestaciones (5) puede incluso afirmarse que "protegido" (6), por lo que la incapacidad no puede en principio --utilizando los propios términos en los que se expresa nuestra LCT- "atribuirse al trabajador",

si entendemos tales conductas o actuaciones como modos de vivir normales y acostumbrados y consecuentemente como no negligentes los riesgos derivados de aquellas que en la práctica social han devenido en usuales (7).

- (1) v.NIPPERDEY (NJW 1957 cit.) cuyas ideas y razonamientos sobre el principio de lo "adecuado a lo social" de utilidad en muchas esferas del Derecho -- del Trabajo (protección contra el despido, regulación del riesgo de empresa, igualdad en el tratamiento etc) puede serlo igualmente en los supuestos que aquí se contemplan, por actuar también lo adecuado a lo social sobre la obediencia y fidelidad -- del trabajador.
- (2) v.STEINDORFF, quien como norma ordinaria, orienta -- la diligencia conforme a los usos generales (Allgemeinbrauche) (JZ cit.págs.8-9).
- (3) El supuesto planteado por KROTOSCHIN (cit.por VIDA SORIA. La suspensión...ob.cit.pág.113) sobre el accidente del trabajador ocasionado por ir en el es--tribo del autobús, no considerándolo ni imputable ni atribuible al trabajador, es --prescindiendo de las particularidades del caso concreto-- en líneas generales de aceptar, por cuanto puede tener la consideración de riesgo social en cierto modo aceptado e incluso acostumbrado, del que el trabajador es -- además la primera víctima.
- (4) v.FRABRICIUS ob.cit.págs.111 y ss. STAUNDINGER/NIPPE DEY/MOHNEN ob.cit. loc.cit.

- (5) Piénsese en el supuesto tan frecuente de la práctica de un deporte por el trabajador del que puede derivar la incapacidad para el trabajo prevista en el art.79.1.LCT.
- (6) En este sentido se ha manifestado asimismo la jurisprudencia alemana. Así para el BAG, la práctica de un deporte constituye un "Allgemeingut" para el trabajador, que en principio no debe verse como culpable (AP nr.5 parágrafo 63 HGB).
- (7) Se argumenta lo contrario (y continuando con el ejemplo de la realización de una actividad deportiva por el trabajador en su tiempo libre), habría que decir críticamente con FREY que cuando el trabajador practica algún deporte del que eventualmente pudiera resultar accidentado, tendría o estaría ya pensado - en ese mismo momento en su trabajo (RdA cit.pág.47).

Piénsese por otra parte que la práctica de un deporte puede pasar a constituir de alguna manera parte - del contrato de trabajo, aún siendo en puridad el objeto principal de este último distinto de aquella - ("actividades marginales", como las denomina ALONSO OLEA, "de alguna forma relacionadas con el trabajo - u organizaciones del empresario, al que los servicios se prestan; en Instituciones...cit.págs.72-73); porque por ejemplo el trabajador realizaba una actividad, ostentando el nombre comercial de su empresa en sitio visible de la camiseta, y el tiempo empleado - en tal deporte, era compensado económicamente, como si realmente prestara servicios propios de su categoría profesional..." (así la STCT 20 marzo 1975, que juzgó como accidentes de trabajo las lesiones sufridas por el trabajador formando parte del grupo de fútbol de la empresa).

B. Errores típicos.

La idea de la tipicidad de los errores, faltas o defectos que eventualmente a cada uno le pueden ocurrir, co

mo excluyentes de la imputación de la negligencia en la conducta del trabajador que se ha examinado ya al tratar la diligencia en relación con la producción - de resultados dañosos durante la ejecución de la prestación, puede ser recurrida también a los supuestos - que ahora nos ocupan en orden a perfilar todavía más el comportamiento debido del trabajador en su esfera privada.

Faltas o defectos típicos, que con la práctica de deportes, diversiones, y en general con todo tipo de actuación social que de manera normal y habitual se - - practica por los miembros de una sociedad como componente del desarrollo de su personalidad y libertad -- fuera del tiempo de trabajo, no deben ser considera-- das negligentes (1). Cuando no obstante la falta se - produce con cierta frecuencia , puede hacer pensar en una conducta del trabajador, descuidada o imprudente, determinante de su negligencia en base a una valora-- ción cuantitativa de la diligencia, es decir, la habitualidad con que el trabajador comete faltas típicas, reflejo de su actitud personal, no sin embargo por el propio acto en sí, sino por su repetición fáctica y - las consecuencias del mismo.

Bajo tales consideraciones, la medida general de aplicación de la diligencia expuesta en el apartado anterior, debe ser perfilada con ayuda de este criterio - a través del prudente arbitrio del juez atendiendo a las circunstancias del supuesto concreto.

Dado un supuesto que puede ocasionar el impedimento - del trabajador de cumplir con posterioridad su prestación, habría también que ir a examinar la posible relevancia del "acto social" que lo ha desencadenado, - que puede tener en efecto un origen muy diverso (2). Siendo una conducta normal y acostumbrada desde el - punto de vista social, el descuido ocurrido determi--nante del hecho impeditivo para trabajar, no puede en principio imputarse al trabajador, precisamente por - la ocasionalidad en su aparición que muestra un des--víó aislado de un esquema y línea de comportamiento - usual y razonable que a cualquiera le puede ocurrir; todo lo que quedaría ya sin relevancia en orden a la protección de la actuación del trabajador cuando aquel se produjese de manera frecuente o repetida, no ya por que se piense que la mera repetición debe dejar sin valor la actuación del trabajador socialmente aceptada y acostumbrada, sino porque -y esto es lo decisivo- la misma frecuencia de un comportamiento tal no es ya - (o cuando menos puede considerarse) ni socialmente razonable, ni tampoco aceptada.

Una medida tal de diligencia exigible en la esfera privada del trabajador con atención asimismo a los errores o faltas típicas, en el sentido expuesto, puede servir de base por su utilidad como regla interpretativa de carácter general a aquellas nociones que hacen referenencia al exámen de la culpabilidad del trabajador en tales supuestos; en primer término -por su gran frecuenencia práctica donde se reconducen la gran mayoría de los supuestos- a aquella de la incapacidad "atribuible"

al trabajador por accidente o enfermedad, que de esta manera adopta una posición intermedia entre una interpretación excesivamente subjetiva que sólo tendría -- presente la culpabilidad penal (3), y aquella otra -- asimismo fuertemente objetiva, que viera ya la negligencia del trabajador en un mero acto imprudente del mismo.

- (1) En el mismo sentido STEINDORFF (JZ cit.pág.9).
- (2) Piénsese por ejemplo en un supuesto, de aparición por lo demás frecuente, la embriaguez, cuya causa puede -- venir motivada por diversas manifestaciones sociales (la asistencia a una fiesta, la celebración de un acto emotivo familiar, la visita a bares o cantinas etc., lo que puede y debe tener relevancia para el juez), -- que impide al trabajador por algún tiempo la ejecución de su trabajo.
- (3) Lo que con VILA SORIA representa una concepción demasiado restringida que no se deja entender satisfactoriamente con los principios informadores de la mecánica contractual (ob.cit.pág.111; cfr.BENITEZ DE LUGO. La extinción del contrato de trabajo. Madrid 1954.pág.254, que recoge el autor citado.).

C. Negligencia grave.

La conducta privada del trabajador puede ser sin embargo constitutiva de negligencia aún cuando aquella esté en principio encuadrada en lo socialmente usual

y permitido conforme a la medida general de aplicación examinada y aún cuando además el error o defecto típico que aquella ocasionó no se haya producido de manera reiterada o repetida. Sucede así cuando el trabajador observa un comportamiento en su esfera -- extralaboral que no se deja entender de ningún modo con la conducta social que de manera aceptable y razonable sería de esperar por la comunidad. Son supuestos en los que encuentra en primer plano reflejo la actitud personal del trabajador, el propio carisma de su conducta, que ha convertido un hecho o actuación social en negligente (1), no obstante permitido, aceptado y acostumbrado (2); todo lo que puede adquirir relevancia en relación con aquellas incapacidades derivadas de una actividad deportiva, que si bien como se vió no son de atribuir por regla general al trabajador, sí lo pueden ser sin embargo, cuando su práctica sobrepasa en gran manera los límites de lo razonable o acostumbrado, por constituir "supuestos extremos" (3) de carácter reprochable (4).

La aplicación del calificativo de grave en la actuación del trabajador puede ser también de interés o utilidad en aquellos supuestos que por su carácter especial, pueda originarse con facilidad la negligencia al proyectarse normalmente sobre ellos una fuerte objetividad en las exigencias de conducta. Tal puede ocurrir en aquellos supuestos, en que el impedimento de cumplir con posterioridad la prestación de trabajo se produzca como consecuencia de un accidente de circulación (5), en el que aún caso de ser declarada ne-

gligente la conducta del trabajador, pueda sin embargo hacerse relevante la nota de la gravedad de la negligencia (6) (7).

- (1) Actuación negligente entendida no sólo como actos -- atribuibles al trabajador a título culposo de carácter grave, sino también y obviamente como aquellos -- otros atribuibles al mismo de carácter doloso, por la existencia de un elemento intencional o malicioso en su conducta. Supuestos más frecuentes en este sentido lo constituyen aquellos de autolesionismo o enfermedad provocada por el trabajador (sobre esto v. VIDA SORIA ob.cit.págs.108-109).
- (2) En este sentido v. ROESSLER ob.cit.pág.34.
- (3) Así los califica VIDA SORIA (ob.cit.pág.114).
- (4) En este sentido, podría ser considerado negligente la práctica de un deporte que excede considerablemente -- la capacidad deportiva del trabajador, porque no esté capacitado para llevar a cabo los esfuerzos corporales y físicos que tal deporte requiere, o bien, porque el trabajador no se viste o equipa razonablemente para la práctica del mismo, revistiendo este especial peligrosidad, siendo en tales supuestos relevante, para el juicio de valor sobre la negligencia, la consideración o el exámen de la condición física de la persona en -- concreto, así como su mayor o menor edad (v. GERICKE K. AuR 1959 pág.360) y FREY (RdA 1955 págs.47-48), quién cita como ejemplos, cuando el trabajador sin entrenamiento participa en una carrera de maratón, o cuando el trabajador, un peso pluma, boxea contra un peso pesado. Dudoso, sería afirmar con carácter general, la

negligencia del trabajador que practica un deporte -- especialmente peligroso, debiéndose estar en todo ca so a las circunstancias propias del supuesto. (El -- BAG alemán calificó de culposa la práctica por el tra bajador de jockey sobre hielo en atención a la condi ción y capacidad deportiva de su persona. AP Nr.5, pá rrafo 63 HGB v. también GROSSMANN/SCHNEIDER ob.cit. pág.89).

- (5) Lo que debe entenderse no sólo en el sentido de la in capacidad que puede producirse del propio accidente (que por otra parte puede no ser así) sino también de los impedimentos indirectos que del mismo se pueden -- resultar, (el trabajador falta a su trabajo al ser -- parte en el proceso nacido con motivo del accidente -- surgido), pudiendo ser considerados tales impedimen-- tos negligentes, o, en expresión de la LCT (art.79.1.) "atribuibles" al trabajador, por considerarse su ac-- tuación globalmente negligente (el trabajador es de-- clarado culpable al término del juicio) por aplicación del principio "versari in re illicita" que se verá con posterioridad más detenidamente.

De indicar además es que los impedimentos que se pue-- den producir como consecuencia de ese riesgo social -- tan gigantesco que supone el tráfico rodado, se con-- templan aquí mayormente, bajo el prisma de que sea el trabajador el conductor del vehículo, lo que no impide formular iguales consideraciones para el caso de que el trabajador en el supuesto del accidente sea peatón. Así no se podría considerar negligente a efectos labo-- rales el atropello del trabajador que cruzó la calle por su mitad, no haciéndolo por el paso "cebra". No -- obstante es de señalar como siempre, que habrá que es tar a las circunstancias del caso concreto.

- (6) En este sentido señala VIDA SORIA (ob.cit.pág.113), -- que la incapacidad del trabajador provocada por acci-- dente sólo será "atribuible" al mismo en casos de "evi-- dente provocación del accidente", o, en supuestos de "imprudencia grave" del que da un ejemplo: conducir -- embriagado, lo que afirma asimismo la doctrina alema-- na (así GROSSMANN/SCHNEIDER. ob.cit.pág.88), que se ha venido también pronunciando sobre la necesidad para ta-- les supuestos de existencia de negligencia grave (ade--

más de los autores citados, v. WITTHOLZ cit. pág. 414; HUECK/NIPPERDEY ob. cit. I. págs. 332-333).

- (7) Piénsese por ejemplo en la conducta negligente del - trabajador, por haber inobservado una determinada norma del tráfico rodado: ha girado con su vehículo a la derecha a pesar de la existencia de una prohibición - en este sentido, colisionando con otro vehículo. En - un supuesto tal, es deseable indagar, en la medida de lo posible, sobre la diligencia interna observada, para que, aún declarándose negligente su actuación en - sus consecuencias inmediatas (colisión con otro vehí- culo), sean sin embargo aminoradas las indirectas que de esto puedan resultarse (por ejemplo llegar tarde o no poder asistir al trabajo). Y en este sentido proba- blemente no puedan ser determinadas las mismas conse- cuencias jurídicas con repercusión laboral, cuando el trabajador giró a la derecha porque no vió la señal - de tráfico a causa de condiciones atmosféricas adversa (lluvia torrencial o niebla), no la vió, porque no -- prestó la atención debida de un prudente conductor -- (pudiendo efectivamente haberla observado pues era un día claro que permitía una perfecta visibilidad), o finalmente, la vió, girando no obstante a la derecha. Es deseable que el juez laboral atienda en lo posible a esta diversidad de matices que en un mismo supuesto de hecho pueden presentarse para un reparto equitati- vo de justicia.

D. La relevancia del contrato.

La medida general de la diligencia expuesta, puede tam- bién sufrir variaciones o modificaciones (ocurriendo así de hecho en la práctica) en base al contenido obli- gacional del contrato de trabajo (1), que puede de es- ta manera proyectar sobre el trabajador, la exigencia de una diligencia distinta en su esfera privada, supe- rior o inferior a la medida de la norma general, adqui- riendo así la diligencia extralaboral del trabajador en virtud del contrato, un carácter más directo o co-

nexo con sus deberes laborales aunque de hecho su conducta siga teniendo lugar en su esfera privada.

La especialidad de la situación o circunstancias en las que se puede encontrar el trabajador con motivo de las obligaciones asumidas en su contrato de trabajo, actúa como corrector del principio general de no considerar como negligentes los impedimentos que - - eventual o ocasionalmente puedan derivarse del comportamiento que de manera normal es observado por una persona de acuerdo con el desarrollo de la vida en comunidad. Esto puede efectivamente determinar el que una conducta o actuación productora de un determinado riesgo que en un principio no es de valorar como negligente, lo sea no obstante en atención a las obligaciones asumidas por el trabajador, o en atención a su personal situación o posición frente al contrato, pudiendo darse asimismo la situación contraria.

Tales obligaciones, siempre que no sean constitutivas de abuso de derecho, pueden venir además fijadas o establecidas de manera expresa en el contrato (2), lo que no opta de ninguna manera a la posibilidad de que las mismas vengán también determinadas de manera tácita en base a una interpretación razonablemente amplia del contenido del mismo, adoptando por lo demás bien una forma positiva de manifestación (realizar una determinada actuación u observar una determinada conducta en la esfera privada), bien una forma negativa - - (abstención u omisión de un determinado comportamiento), todo lo que puede ocurrir asimismo en base a la manifestación del poder directivo del empresario (3).

En esta línea los propios criterios conformadores de la diligencia debida durante el desarrollo de la -- prestación de trabajo, adquieren también relevancia en la esfera privada, al proyectarse sobre la conducta o actuación extralaboral del trabajador para delimitar su diligencia. De esta manera, la clase o índole del trabajo a desarrollar, así como la contemplación de la personalidad e individualidad del propio trabajador, son factores de gran utilidad práctica para el juicio de valoración de la negligencia en su esfera privada.

Es así como de esta manera adquiere relevancia, también en la esfera privada del trabajador, la aplicación de la medida de la diligencia exigible del art. 60 LCT. De una parte la "especialidad habitual del trabajo" a ejecutar, en lo que hace referencia a la índole o características particulares del mismo (4), así como al puesto de responsabilidad que tenga el trabajador en la ejecución de un determinado trabajo (5); de otra, "las facultades y peculiaridades del -trabajador" (6), lo que conlleva a contemplar en lo fundamental, su grado de formación y capacidad de -discernimiento intelectual y cultural para la pre--vención o evitación de riesgos o de las posibles consecuencias dañosas de un determinado comportamiento(7), su posición económico-social (8), la condición física del propio trabajador así como su edad, etc (9).

Bajo tales consideraciones no sólo se debe afirmar la existencia del deber del trabajador de mantener para

el futuro su capacidad productiva observando la medida general de la diligencia en los términos vistos, sino que tal deber puede variar en intensidad, al variar la propia de la diligencia conforme al contenido obligacional del contrato, observancia de la buena fe en su ejecución (10), poder directivo del empresario, naturaleza del trabajo a realizar, y cualidades y peculiaridades propias del trabajador (11), todo lo cual no es sino en el fondo indicativo de que la proyección o incidencia del deber genérico de trabajar sobre la esfera privada del trabajador, ha provocado consecuentemente, junto al criterio general de la diligencia exigible, la aplicación de la medida de la diligencia del art.60 LCT, también en el ámbito ex--tralaboral del trabajador, en los términos expuestos.

No se trata por consiguiente de que el trabajador deba o no mantener su capacidad de trabajo, sino de que, debiendo efectivamente hacerlo, varía sin embargo la exigibilidad de su "debe" conforme a las circunstancias en atención a las obligaciones asumidas por acuerdos entre las partes individuales o colectivas que -- pueden incidir, modificándola, en la aplicación de la normativa general en los diversos supuestos prácticos. Cuando por consiguiente se afirma que el trabajador -- no está en general obligado a mantener su capacidad -- productiva, o no lo está, cuando no se haya obligado a ello de manera expresa a través de un acuerdo con--tractual, no es de aceptar sin reservas, porque, y en primer lugar, el acuerdo no tiene por qué ser expreso, sino que puede serlo tácito, y esto, por la propia fuerza interpretativa y expansiva del contrato;

y porque, en segundo lugar, conviene insistir en ello, no se obliga el trabajador por "acuerdo" o "pacto" a la observancia de aquella diligencia tendente a mantener su capacidad productiva, porque ésta ya está, o va implícita, en el propio espíritu del contrato; si no que a lo que se obliga es a una mayor intensidad (12), a un especial cuidado con relación al normal de su conducta y actuación en su esfera extralaboral.

- (1) Bien entendido en el sentido de que lo que aquí se - quiere poner de relieve, es mayormente la influencia que las características particulares del contrato puedan tener sobre la diligencia a observar por el trabajador en su esfera privada, con lo que la medida general de la diligencia en los términos expuestos es en definitiva la exigible bajo la perspectiva del contrato de trabajo en sus términos genéricos o generales, lo que en sí nada dice en principio sobre el posible contenido especial del mismo a este respecto. Por lo demás, y en la línea en que lo venimos haciendo a lo largo de este trabajo, se entiende al hablar de contratrato, su sentido o significado amplio y general, no sólo el contrato en sí, sino todo aquello, manifistación de los restantes instrumentos jurídicos que a - él se incorporan (v.pág.234 y ss. y nota nr.8).
- (2) O lógicamente, en lo que a este se incorpora pudiendo matizar así la diligencia debida de manera más correcta que en las propias formulaciones generales de la - ley, cuando así sea el caso, lo que ocurre no raramente en los supuestos de despido. A este respecto ha declarado la STS 2 diciembre 1975, que, "...aunque en materia de causas de despido el precepto fundamentalmente aplicable sea el art.77 de la LCT con preferencia a los contenidos en las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales, ello no significa que estas no sean también aplicables en cuanto no contradigan aquella Ley,

puesto que pueden contener normas que completen y maticen las causas de despido previstas en la misma, algunas de modo muy genérico, acomodándolas a las pecuidades de cada empresa o sector laboral..."

- (3) Discutido es que en medida el poder de dirección puede o no aplicarse a la esfera privada del trabajador. Frente a posturas doctrinales tendentes a restringir fuertemente o negar su aplicación (así en la doctrina alemana MAURER-KURT. AuR 1956 pág.139), se debe afirmar su virtualidad, bien que la misma venga encauzada dentro de unos términos equitativos y razonables, para lo cual es imprescindible el propio exámen del contenido del contrato de trabajo como instrumento capaz de dar una interpretación adecuada a la norma legal - contenida en el art. 69 pf.2 LCT ("Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del lugar de trabajo no tendrán efectividad más que en lo que - pueda afectar a este..."). Una orden emanada de la potestad directiva del empresario que afecta a la esfera privada del trabajador, es una orden que va, no meramente dirigida a un trabajador determinado como sujeto o persona individual, sino más bien a un contrato de trabajo que tiene como ejecutante a la persona de un trabajador a un contrato, que para su ordenado cumplimiento o incluso para la propia prevención del mismo, se ve necesitado de proyección en la esfera -- privada del trabajador, no ya a través de sus propios mecanismos de interpretación, sino incluso utilizando como medio la potestad directiva empresarial. "El estado de sujección (del trabajador al empresario)...no puede existir respecto de un trabajador, sino sobre - la base de un contrato de trabajo por él celebrado" - (ALONSO OLEA. El Despido.ob.cit.pág.119). Señala MONTOYA MELGAR que la prolongación del poder directivo - empresarial en base al art.69 pf.2 LCT "sólo será legítima cuando así lo exija la naturaleza del trabajo prestado" (El poder...ob.cit.págs.240 y ss.). En este sentido y con la jurisprudencia francesa, no debe verse por ejemplo abusiva la prohibición al trabajador cajero de banco, de que participe en juegos de azar - (supuesto mencionado por ALONSO OLEA en sus explicaciones de cátedra en la Universidad Complutense de Madrid durante el curso 1977/78; sobre el abuso de derecho -- v.BORRAJO DACRUZ en RDT 1954.págs.1 y ss.).

- (4) Piénsese en los trabajos que se caracterizan por - una casi constante puesta a disposición del trabajador para realizar una determinada actividad.
- (5) Piénsese por ejemplo en como deban ser valoradas - las faltas de puntualidad o asistencia del trabajador, que debe ser el primero en acudir a la empresa cada mañana, para abrir las puertas y hacer los preparativos necesarios, para que con posterioridad -- entre a trabajar el personal de la misma (como supuesto práctico el mencionado en la STS 5 enero - - 1933 y 10 diciembre 1970 que recoge GARCIA NINET. - ob.cit.pág.283 nota nr.126).
- (6) Incluso podría continuarse con la formulación contenida en el art.60 LCT: "que debe conocer el empresario; todo lo que tiene no poca aplicación práctica como pone de manifiesto el supuesto recogido por el BAG alemán: con trabajadores de edad avanzada deben ser tenidas en cuenta ausencias al trabajo, incluso de larga duración, cuando el empresario al tiempo - de la contratación sabía de la enfermedad del trabajador, que por crónica, podía volver a reproducirse (AP NR.2 sobre parágrafo 1.KschGkrankheit; v.M.DAEUBLER. Das Soziale Ideal des Bundesarbeitsgericht. - 1975 pág.104; BLANCO en RDT.1957 nrs.7-8 pág.544; CARRRO IGELMO. El despido...ob.cit.págs.249-250).
- (7) Piénsese en el trabajador que ante una importante función encomendada con carácter especial por la empresa, trasnocha o se embriaga, encontrándose al día siguiente con sus facultades disminuídas para la realización del encargo encomendado. Piénsese en la embriaguez de un peón que sin cometido especial alguno, no pueda tampoco al día siguiente realizar satisfactoriamente su trabajo.
- (8) Piénsese tomando de nuevo el supuesto contemplado en la cita 5, la eventual de este trabajador de tomar un taxi para llegar en el tiempo oportuno a la empresa

caso de avería en el autobús que lo transportaba - aunque esto supusiera un gran desembolso económico debido a la distancia a la que queda el lugar de - trabajo. ¿Podría exigírsele la misma conducta a -- otro trabajador, que sin embargo no tiene obliga-- ción contractual de llegar el primero a la empresa?.

(9) v.pág.572 nota nr.4 de este trabajo.

(10) Sin duda, según las propias características del con-- trato de trabajo que en su caso sea, surge una exi-- gibilidad en la conducta privada del trabajador dis-- tinta en intensidad, al adquirir gran relieve la ob-- servancia de la buena fe contractual en su vida ex-- tralaboral a través de la materialización de su de-- ber de fidelidad pudiendo incluso alcanzar esta pers-- pectiva, como indica ALONSO OLEA, "hasta abstenerse - de la murmuración, o evitar determinadas compañías" (ob.cit.pág.143). La jurisprudencia francesa, como - señala B.CREMADES, llegó a estimar procedente el -- despido de un trabajador por contraer nupcias con - persona al servicio de una empresa de la concurren-- cia; otro supuesto que menciona el citado autor, el del trabajador enviado de viaje por la empresa y -- que no pagó las facturas y gastos del hotel (La San-- ción...ob.cit.pág.185).

(11) "Por muy rígida que quiera ser la separación entre vida privada y vida de trabajo, ambas tienen entre sí el nexo inexorable de pertenecer al mismo sujeto, repercutiendo la una sobre la otra. Y si la intensi-- dad de la repercusión depende de las característi-- cas especiales de cada individuo, la medida en que la misma se hace notar sobre el contrato de trabajo depende de las características especiales que este pueda tener" (ALONSO OLEA ob.cit.pág.143, quien se-- ñala además este hecho como suficientemente demos-- trado en la rama de la Sociología, sobre la que pue-- de verse la bibliografía allí indicada por el autor; v.también en sentido semejante B.CREMADES ob.cit. - págs.184 y ss.).

- (12) Sin duda alguna puede asimismo ocurrir el fenómeno contrario. De señalar es un ejemplo sobre un supuesto que más adelante se verá con detenimiento: la --privación de libertad del trabajador, que produce -- un impedimento en el mismo de poder cumplir con su prestación reputándose aquel por regla general como culpable. Puede sin embargo, no ser así considerado cuando el propio contrato de trabajo, o el convenio colectivo --lo que raramente contempla por ejemplo el derecho italiano-- dispongan que tales supuestos sólo dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo (sobre esto v. VIDA SORIA ob.cit. págs.196-197).

IV. Supuestos especiales.

1. Faltas de puntualidad y asistencia al trabajo.

A. Introducción.

El trabajador, no sólo debe el desarrollo ordenado y satisfactorio de su prestación de trabajo, sino -- también, como se vió, la realización de la misma durante y a lo largo de todo el tiempo fijado para su ejecución. Lesiona este por tanto sus deberes laborales, cuando se presenta con retraso para la ejecución de su prestación, o bien no hace acto de presencia en su puesto de trabajo (1).

Como quiera que la causa del retraso o ausencia del trabajador puede venir determinada por multitud de motivos o circunstancias diferentes, se hace necesario el examinar --en principio desde una perspectiva general, con posterioridad a través de un tratamiento individual en lo que sea posible--, junto a la nota fáctica de la ausencia o impuntualidad, la posible negligencia del trabajador que tuvo estas como consecuencias, y en este sentido es ya de indicar --

la exigencia de que el incumplimiento de estas faltas, lo que ya de suyo supone un incumplimiento del contrato de trabajo, deben ser imputadas a la actuación culposa o negligente del trabajador (2).

(1) Los supuestos aquí contemplados hacen meramente referencia a la impuntualidad o mera ausencia del trabajador, esta última sin ánimo de extinguir la relación laboral, por lo que el denominado abandono del trabajador queda aquí inconsiderado (sobre esto v. - MONTOYA MELGAR. La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador. Universidad de Sevilla 1967).

(2) La justa causa de despido lleva una nota común a cada una de ellas: "el de la actitud dolosa o simplemente culposa que debe concurrir en el productor incurso en una de tales faltas" (CARRO IGELMO RDT.nr. 10 1955 pág.81); "pues, en otro caso -indica ALONSO OLEA- en los supuestos de ausencia no culpable, nos hallamos en supuestos de fuerza mayor... (El Despido ob.cit.págs. 137-138; v.asimismo VIDA SORIA. La Suspensión...ob.cit.pág.203; SUAREZ GONZALEZ. La terminación del contrato de trabajo.1967 pág.88). La STS 3 diciembre 1975 se expresa en los términos siguientes: "el deber primordial del trabajador es la realización del trabajo que le tiene encomendado la empresa patronal, según dispone el art.60 LCT, para lo que es imprescindible que acudaasiduamente y con la debida puntualidad al puesto de trabajo que le haya sido asignado..." (v.asimismo la STS 2 marzo 1976.- El supuesto contemplado "no puede atribuirse a malicia o negligencia, requisito fundamental para la sanción de las faltas" STCT 3 junio 1976).

B. Reiteración e injustificación

La LCT y el DLRT (1) recogen dos factores determinantes de la consecuencia más grave que la impuntualidad

o inasistencia pueden ocasionar-el despido del trabajador:- la repetición e injustificación de las - faltas, ahora objeto de exámen.

En cuanto a la reiteración, las faltas de asistencia o puntualidad deben ser repetidas. El problema fundamental que plantea su frecuencia, está precisamente en el número o cuantía con que aquellas se -- reiteran para que puedan ser consideradas "repeti-- das" en los términos legales. Nada obsta a que el - número de faltas precisas, para que estas se consi- deren repetidas, pueda venir fijado por acuerdo indi- vidual o colectivo o bien por las RNT como hasta aho- ra y de manera general ha venido ocurriendo (2); o bien puede no ser así, quedando entonces la fijación de la repetibilidad de la falta al razonable crite- rio de los tribunales (3).

Al lado de la nota de la repetibilidad, menciona tam- bién la ley, la de la justificación de la falta de - asistencia o puntualidad. La existencia de este segun- do requisito no debe llevar a pensar que se está an- te una causa de justificación entendida en su más pu- ro sentido, que excluya el exámen de la conducta ob- servada por el sujeto al no atender a su diligencia, sino que por el contrario, y conviene repetirlo, el calificativo de "injustificadas" del art.77 a) LCT va referido a la impuntualidad de la falta al traba- jador por culpa o negligencia (4).

La injustificación de la falta, puede tener su raíz, no ya en un acto voluntario o negligente, sino tam- bién, y en mayor o menor grado, en una creencia erró

nea del trabajador, no obstante negligente, que le llevó a adoptar una determinada conducta contraria a la que podría esperarse en el tráfico de manera normal y razonable (5).

Por otra parte, al reflejar la expresión "faltas justificadas" aquella otra de "faltas cometidas no negligentemente", no debe ser entendida -como reiteradamente ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia- como "faltas explicadas", por tener obviamente ambas nociones significados y consecuencias jurídicas diferentes, todo lo que tampoco debe ser confundido con la afirmación de que la negligencia y por tanto la injustificación de la falta, pueda surgir por no comunicar al empresario el impedimento de asistir al trabajo como se tendrá ocasión de ver.

-
- (1) art.77 ap. a) y art.33 asimismo en su apartado a) respectivamente.
 - (2) Como ejemplos recogidos en decisiones jurisprudenciales pueden verse: La STS 11 noviembre 1975 a tenor de lo preceptuado en la Ordenanza Laboral correspondiente, declara procedente el despido por la comisión de 20 faltas de puntualidad en 6 meses (v.asimismo STS 25 noviembre 1975).La STCT 20 octubre 1976, de acuerdo con la Reglamentación correspondiente, declara procedente el --despido por falta injustificada de dos días al -turno de noche de vigilancia de enfermos psiquiátricos).
 - (3) Ausentándose el trabajador injustificadamente 9 días fué despedido (STCT 27 enero 1976). Una semana de ausencia constituye una reiteración de -

la falta, justificativa de despido (STCT 23 septiembre 1976; STCT 25 noviembre 1976, 11 faltas de puntualidad en un mes; STCT 27 noviembre - - 1976; 3 faltas de asistencia no justificadas. La STCT 11 junio 1976 declaró procedente el despido del trabajador por abandono del trabajo un día durante 6 horas, faltando luego otros dos; la STCT 14 octubre 1976, asimismo por 5 faltas injustificadas de asistencia).

- (4) No procede el despido al estar justificada la ausencia, cuando el trabajador quedándole por disfrutar 5 días de vacaciones y sufriendo un accidente grave, se ausentó del trabajo tomándose 5 días para ver a su hermano, encargando a su esposa lo comunicara a la empresa (STCT 8 julio 1976).
- (5) En este sentido la STS 19 febrero declaró procedente el despido conforme al art.77 a) LCT cuando el cometido de ayudante de caja que desempeñaba el actor determinaba que hubiera de dejar el trabajo más tarde, creyendo este que en lógica compensación habría de entrar más tarde, lo que no puede admitirse cuando esta compensación no había sido autorizada por la empresa, porque normal y razonable hubiera sido pactar esto con la misma o exponer su situación en el sentido - por ejemplo de reclamar una mayor remuneración, no sin embargo llegar tarde sin su consentimiento o permiso (v. sin embargo la STCT 3 junio - - 1976). Tampoco es justificable por negligente, la conducta del trabajador que creyéndose despedido no acudió a trabajar por cuanto el trabajador "debió asegurarse previamente antes de tomar esa postura", lo que infringe el deber de diligencia en el trabajo del art.60 LCT (así la STS 16 marzo 1966; semejante la STS 7 noviembre 1975)

C. Su problemática en relación con la conducta negligente del trabajador.

Si bien para la fijación del número de faltas pre

cisas de puntualidad o asistencia se han tenido en cuenta por las Reglamentaciones, así como también a través de criterios jurisprudenciales, -- una gran diversidad de factores y circunstancias externas, así como también la consideración a la esfera de la personalidad del trabajador, su grado intelectual o cultural, la índole o clase de trabajo, su puesto de responsabilidad en la empresa entre otros criterios (1), lo cierto es -- que con la aplicación de un sistema tal se ha -- abandonado en cierto modo el exámen directo, -- así como la valoración precisa de la propia actuación del trabajador, midiendo en consecuencia por el mismo rasero su conducta negligente, diligente, e incluso aquella otra dolosa o maliciosa, al existir la nota de la consciencia o voluntariedad en su comportamiento.

Aún no ocultándose la utilidad práctica de la fijación del número de faltas, esta no evita, sino que por el contrario probablemente provoca, situaciones contrarias a la justicia y equidad.

Una falta ocurrida una sola vez, no es considerada negligente, cuando menos en relación al despido del trabajador por no haber sido repetida -- (2), nota esta última que parece borrar un poco la consideración a la intencionalidad o animus -- existente en el momento de cometer la falta (3). Se pone no obstante la falta en relación con una sanción de carácter menor a la del despido, así se viene considerando por regla general negligente

te al interpretar de manera restringida la idea de la "justificación" de la misma, noción en -- efecto de muy difícil averiguación, en lo que -- a su precisión respecta, por cuanto no se ve -- con claridad hasta donde deba ser examinada la conducta del trabajador (4); todo lo que parece dar a entender que en ambos casos no ocurre un exámen a fondo de la conducta observada por el trabajador.

Tampoco parece se muestra profundo el juicio -- del comportamiento del trabajador, cuando la -- falta se produce de manera repetida. La frecuencia en la reiteración de su cometimiento es indicativa por regla general de desidia o descuido en la conducta del trabajador (5). Su frecuencia supone la paulatina conformación de la negligencia, que, y en atención a aquella, puede al-- canzar distintos niveles (6). Lo que sin embargo de esta manera se determina es el mero cómputo o acumulación de faltas, que, independientemente -- de otras sanciones que el cometimiento de las -- mismas puede producir cuando alcanza un determinado número, conforma una negligencia tal en la conducta del trabajador, merecedora del despido; no se determina ni se atiende sin embargo de manera verdaderamente profunda y directa a su justificación real porque no se busca en el fondo su motivación, que como se sabe, puede tener un carácter muy diverso, todo lo que podría poner en tela de juicio la posibilidad de sanción cualqquiera que sea su forma, por la repetición de estas faltas si se atiende en estos supuestos al --

exámen de la verdadera negligencia en la actua
ción del trabajador (7). Desde esta perspectiva
la calificación de las faltas en las Reglamentaci
ones como "graves" o "muy graves", puede en -
efecto ser fiel reflejo de la gravedad del comport
amiento observado por el trabajador, no sin
embargo forzosamente.

Sin olvidar la realidad jurídica de que la pro
pia normativa contenga o suela contener una fi
jación cuantitativa del número de faltas determin
ante de su repetibilidad, y sobre la base de
potenciar el factor humano dentro de la persona
lidad global del trabajador, sería probablemente
más idóneo -por justo y equitativo, aunque quiz
ás también más problemático-, no una determinaci
ón a priori del número de faltas determinantes
de la repetibilidad, sino por contra "la sustit
ución de este sistema, pese a sus peligros...
por valoración en cada caso de las circunstanci
as y concausas que en él concurren, y en primer
término la intencionalidad" (8). De esta ma
nera tratándose de despido se conserva su propia
naturaleza al conservarse correlativamente su -
carácter de "incumplimiento contractual culpable
y grave del trabajador" (9), conllevando la repeti
bilidad de la falta una sanción menor distinta
a la del despido, se atendería en todo caso a
la esfera de la personalidad del trabajador, a -
lo que el Derecho del Trabajo no puede en absoluto
renunciar.

Finalmente, se hace de interés señalar aquellos
supuestos reconducibles a la esfera de los que -

aquí se ecaminan, surgidos de la conjunción de los -- arts.25 tres e) y 9.dos.tres y cuatro de la LRL. El - trabajador puede faltar o ausentarse con derecho a remuneración "por el tiempo establecido para disfrutar.. de la formación profesional en los supuestos y en la forma regulados en esta ley" (art.25 tres e)).

A tenor del art.9 LRL (10), cuando la propia empresa corra con la organización de los cursos de formación, la diligencia del trabajador le obliga a la asisten--cia a los mismos, "cuando se impartan en horas de tra**ba**jo" (11), nota esta última que lleva a pensar que la ausencia del trabajador para evitar su estimación como negligente, debe ser justificada con el mismo rigor y en iguales términos que lo hasta ahora dicho. Una ausencia injustificada por negligente podría hacer de--caer el derecho a la remuneración reconocido en el art. 25 tres e), justificando incluso el despido del traba--jador caso de reiterarse (12) (13).

También, y conforme al art.25.tres.e) LRL, puede el -- trabajador faltar o ausentarse del trabajo con derecho a remuneración "por el tiempo establecido para disfru--tar de los derechos educativos generales". A tenor del art.9.dos.a) LRL tienen derecho "a los permisos necesarios, por el tiempo máximo de 10 días al año (14), pa--ra concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud y evaluación, sin alteración ni disminución alguna de sus derechos laborales...". Sin duda en tales supuestos tiene el trabajador obligación de - asistir efectivamente a los exámenes finales y pruebas definitivas de evaluación, debiendo en otro caso justificarlo "adecuadamente" según el art.25.tres.LRL. Una

conducta omisiva a este respecto puede determinar la negligencia en su comportamiento decayendo, al igual que en el supuesto anteriormente contemplado el derecho a la remuneración por esta ausencia e incluso justificar el despido.

Finalmente, no se debe excluir la aparición de la negligencia en estos supuestos así como en los anteriores, con las consecuencias que de aquella se pudieran derivar, cuando el trabajador no alcanza aquellos rendimientos en los cursos de formación profesional o incluso (15) en los exámenes o pruebas finales de materias educativas generales, que, conforme a su personal aptitud y capacidad, podían ser esperados de forma razonable.

-
- (1) De gran ayuda para la determinación de la repetibilidad de las faltas, así como para cuándo estas deban ser -- consideradas negligentes por su frecuencia como más -- adelante se verá, pueden ser los estudios estadísticos sobre las causas o motivaciones de la inasistencia e -- imputabilidad. De destacar en este sentido es el trabajo de EBERHARD U. (Ueber Fehlzeiten im Betrieb. Eine -- Sammlung von Untersuchungsergebnissen und Erfahrungen. 1965), quién indica entre otras las de la edad, sexo, camino de casa al trabajo, estado civil del trabajador, estación del año (invierno o verano), sección de la empresa donde se trabaja, propia consciencia de la responsabilidad en el puesto de trabajo, cansancio, trastornos nerviosos, resentimiento, dificultades fuera de la empresa, y en general insatisfacción en el trabajo, como causas que comprobadas estadísticamente, cristalizan en un comportamiento peculiar de la persona, ocasionando según estas una frecuencia distinta en las -- faltas de puntualidad o asistencia al trabajo.

- (2) En efecto, aún siendo negligente la falta, no alcanza

2392

el carácter de grave para justificar el despido, si -
junto a esta nota no existe aquella otra de la reite-
ración de la misma. En este sentido la STS 2 junio --
1965, declaró improcedente el despido por ausencia in-
justificada y sin preaviso del trabajador porque aque-
lla fué de un solo día.

- (3) Puesto que la repetibilidad de las mismas podría oca-
sionar el despido no obstante habiendo surgido estas -
de una actuación en el fondo no estrictamente imputa-
ble al trabajador; por el contrario no alcanzaría el -
carácter de la repetibilidad una falta cometida una so-
la vez aunque mediase negligencia grave o dolo en el -
comportamiento del trabajador. Mientras que faltar al
trabajo incluso de manera dolosa o gravemente negligente,
no puede conducir al despido si la ausencia tuvo -
lugar una sola vez, la mera reiteración de las faltas
-aunque de la manera en que se han producido no puede
deducirse una conducta verdaderamente imputable al tra-
bajador- puede ser causa constitutiva de despido. De
indicar es sin embargo que una sola falta gravemente -
negligente o dolosa, sí puede ser constitutiva de des-
pido pero no en base al ap. a) sino en atención al ap.
e) del art.77 LCT, hecho este último que en sí no cam-
bia en absoluto las situaciones desiguales e inequita-
tivas que se producen en los supuestos que ahora se -
contemplan.
- (4) Piénsese por ejemplo en un supuesto de gran frecuencia
práctica: el "quedarse dormido". Pudiendo pensarse que
esta mera circunstancia es negligente, por cuanto el
"buen trabajador" como persona normal y razonable en -
su vida privada debe levantarse de la cama con tiempo
suficiente para empezar a ejecutar su trabajo en el mo-
mento oportuno y debido. Se avanza sin embargo un esta-
dio más en las motivaciones del comportamiento del tra-
bajador, así desaparece la aparente sencillez en la so-
lución del problema para por contra mostrarse con toda
su complejidad. ¿Qué ocurriría cuando sin embargo el -
trabajador tuvo que pasarse la noche en vela para cui-
dar a su hijo enfermo o hubo un escape de agua en su -
domicilio, o tuvo que asistir a un accidentado hasta -
altas horas de la madrugada? ¿podría establecerse ta-
bla rasa en cuanto a consecuencias jurídicas, cuando -
el trabajador se queda dormido, no por las causas men-

cionadas, sino a consecuencia de haber pasado por -- ejemplo la noche en lugares de diversión?.

- (5) Si el trabajador llega tarde a su trabajo a causa de un embotellamiento del tráfico, no siendo este infrecuente en su aparición a esas horas del día, debe -- adoptar las medidas pertinentes tendente en lo sucesivo a evitarlo: tomar otro camino, salir antes de su domicilio, escuchar la radio caso de un eventual parte informativo del estado de circulación urbana o de carreteras etc.
- (6) Expresiva a este respecto es la STCT 17 marzo 1976: La reincidencia o la reiteración en faltas laborales, - "no suponen una pluralidad punitiva, sino un agrava-- miento de la conducta de quien, pese a las medidas correctoras anteriormente aplicadas, incide en nueva conducta contraria a sus deberes contractuales, y es esta nueva conducta la que se califica y sanciona más gravemente, cierto que en consideración a las faltas ante-- riores, que no son objeto de nueva sanción, sino causa de agravación correspondiente a la nueva falta...".
- (7) Piénsese por ejemplo en los diferentes motivos que pueden dar lugar a la repetición de una falta de asistencia o puntualidad, que sin embargo son acumulativos a efectos de determinar las consecuencias jurídicas que en su caso sean. El trabajador llega con retraso a su trabajo: una vez, porque cuidando a su hijo enfermo durante la noche, se quedó a la mañana siguiente dormido, otra vez porque el autobús que habitualmente tomaba como medio de transporte, no se detuvo en su parada al - ir al completo, otra porque tuvo lugar un escape de -- agua en su casa, otra a causa de un embotellamiento del tráfico, otra por asistir en vía pública a un accidentado etc.etc. Dudoso es que de esta manera se pueda -- ver una actuación negligente en el comportamiento del trabajador, no ya en relación a un eventual despido -- por faltas de impuntualidad, por cuanto en las mismas no se aprecia atisbo alguno de gravedad, intencionalidad o voluntariedad, ni siquiera de gravedad en la conducta; sino probablemente tampoco en conexión con sanciones de menor rigor. Con esto parece se estuviera --

abandonando la objetividad de la diligencia para atender solamente a la mera reprochabilidad subjetiva de la conducta del trabajador. Nada más lejos de la realidad, por cuanto debe afirmarse que tales descuidos entran dentro de aquella conducta social que de manera normal y razonable puede ser esperada en el tráfico jurídico y en la vida en comunidad.

Por otra parte si se piensa, en atención al criterio romano tenido siempre en cuenta a lo largo de este -- trabajo, que el "ser diligente" encierra en sí errores o descuidos --lo que distingue al hombre de aquel otro ideal o "superhombre"-- no sin embargo de manera fácil, fracasaría en muchos casos, incluso el afirmar la negligencia por la repetibilidad de la falta basada en el mismo descuido, cuando el factor tiempo impida una conexión lógica tendente a construir la base de afirmación de la negligencia en el trabajador, no ya subjetiva sino incluso objetiva. El perder repetidamente el autobús que como medio de transporte se utiliza para llegar a la empresa, lo que ocasiona la imputabilidad, puede ser efectivamente considerado negligente porque hay que presumir la desidia en su prevención o evitación; no quizás sin embargo cuando entre una y otra pérdida, media un tiempo tal, que haga perder virtualidad a la afirmación de que se está ante -- una desidia o falta de previción del trabajador.

- (8) Así C.DEL PESO (en Dieciseis Lecciones...ob.cit.pág.63), quien reconoce que aún siendo peligroso el dejar a las empresas la valoración de tales faltas, se revela de -- todas maneras más justo que la fijación a priori de -- las mismas, tanto más, si se tiene en cuenta que dado el caso, es el magistrado de trabajo el que va a valorar la gravedad de las faltas cometidas, misión capital del juez laboral, por cuanto su juicio debe versar sobre la gravedad de la causa (v.ALONSO OLEA. Dieciseis Lecciones...ob.cit.pág.57).
- (9) Así lo conceptúa ALONSO OLEA (El Despido ob.cit.pág.147 y Dieciseis Lecciones...ob.cit.pág.49).
- (10) Que debe ser puesto en relación con el mismo precepto en su número tres, y mismo número en su apartado b).

- (11) Por cuanto en tales supuestos desaparece el carácter voluntario de la asistencia a los cursos (en este sentido APARICIO TOVAR en Diecisiete Lecciones...ob.cit. pág.131, quien asimismo indica el eventual peligro - que de una tal obligatoriedad se puede derivar, "pues se cierra radicalmente para los trabajadores la posibilidad de participar en decisiones tan trascendenta les para sus intereses", lo que, continúa el autor, daría "la posibilidad al empresario de un ejercicio muy amplio del ius variandi...").
- (12) Lo que en consecuencia haría decaer la reserva del - puesto de trabajo con motivo de la realización de un curso de formación profesional (v.art.9.tres.b) LRL).
- (13) Lo mismo habría que pensar probablemente -y en previ sión de que el supuesto pueda presentarse (v.art.9 párrafos 3 y 7 LRL)- de la ausencia injustificada a tales cursos cuando estos se impartan asimismo en ho ras de trabajo, aunque no hubiesen sido organizados por la propia empresa, porque esta encargue esta orga nización a otra (que incluso puede ser el estado funcionando como tal), si bien y en definitiva sea la -- primera, a la cual está vinculado laboralmente el tra bajador, la que en el fondo sufrage y sustente estos cursos de formación.
- (14) Si bien no es aquí objeto directo de interés, hay no obstante que señalar el defecto técnico legal en que incurre este precepto: si se tiene derecho al permiso necesario para concurrir a exámenes, esta necesidad puede ser superior a los 10 días fijados por la ley o puede no serlo. Si lo necesario del permiso debe venir determinado por la duración real de los exámenes, que puede ser muy variada según las diversas modalidades de estos, no puede venir limitada en el tiempo. Si se habla de "necesidad", no puede hablarse de "tiempo - máximo", si se menciona este último, huelga hablar de aquella. Ambos términos se excluyen.
- (15) Sin duda habría que estar a las circunstancias del - caso concreto.

D. Algunas medidas empresariales como remedios jurídicos

Las consideraciones expuestas no son sino reflejo de los grandes efectos negativos que las faltas de puntualidad (1) o asistencia ocasionan en la productividad así como en el buen funcionamiento de las empresas en general, todo lo que ha provocado la búsqueda y posterior instauración de mecanismos de diversa naturaleza tendentes a su solución y remedio.

De indicar aquí son simplemente aquellos de mayor relevancia y frecuencia práctica, tales como la amonestación o reprimenda al trabajador por el empresario, el establecimiento de premios económicos tendentes a la eliminación de estas faltas y la implantación de sanciones con la misma finalidad.

a) Amonestaciones o apercibimientos.

La producción de faltas aisladas de asistencia o puntualidad ocurridas una sola vez no facultan por regla general a tomar medidas enérgicas, tanto más cuanto que estas, pueden no ser consideradas negligentes en los términos vistos, mostrando la práctica en tales supuestos un mero apercibimiento o amonestación al trabajador en forma de reprimenda o -aviso, cuya función no es otra que el provocar una llamada de atención al trabajador, en orden a que en el futuro evite o procure evitar la repetición de la impuntualidad o de la ausencia. La existencia de este apercibimiento tiene de hecho una efectiva relevancia práctica, porque si el trabajador

no es amonestado, podría quizás llegar a deducir de la conducta del empresario, que su falta de - puntualidad tenga o deba de ser aceptada o soportada por aquel sin que por ello se resulten ningún tipo de consecuencias (2).

No obstante, es deseable ver en el apercibimiento más una mera llamada de atención al trabajador -- que una propia amonestación o reprimenda a su conducta en sentido fuertemente reprobatorio (3), por cuanto lo primero tiende a potenciar la llamada a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones entre empresario y trabajador, siendo un poderoso instrumento de mantenimiento de la paz empresarial, no probablemente lo segundo, en primer término - - cuando el apercibimiento se convierte en instrumento anunciante de una futura sanción o cualesquiera otras represalias (4), pudiendo así contribuir a - enrarecer el buen clima entre trabajador y empresario, proyectando además a aquel, de algún modo, a una conducta negativa y no positiva en su esfera extralaboral.

Tales consideraciones caminan sin embargo más por el sendero de lo ideal, que por aquel otro acorde con la realidad. La práctica muestra la falta de - efectividad, así como la insuficiencia de las meras amonestaciones al trabajador, para conseguir de este la necesaria asistencia y adecuada puntualidad en su puesto de trabajo, lo que ha ido paulatinamente produciendo, como se indicaba, el hecho de que - las empresas adopten sistemas de carácter más o menos premial o sancionador, tendente a controlar tata

les situaciones, lo que se examina a continuación.

- (1) Sobre la impuntualidad suele haber alguna tolerancia que con buen criterio trata de mantener la paz empresarial. Así, no es infrecuente que las faltas de puntualidad de menos de 5 minutos sea tiempo - considerado como de cortesía, no siendo objeto de sanción en la mayoría de las empresas (en este sentido v.la STCT 3 junio 1976).
- (2) v.HACKER.Arbeitsrechtliche Fragen, die im Zusammenhang mit Fehlzeiten Ergeben.1962.pág.125). La amonestación hecha por la empresa a la trabajadora, excluye la voluntad compensatoria de aquella, en el sentido de permitirle a esta retrasos al comienzo de su prestación de trabajo en el tiempo debido, por haber trabajado hasta más tarde. (STCT 21 abril -- 1976; v.también la STS 25 noviembre 1975).
- (3) Sobre el posible valor punitivo así como el carácter sancionador de las advertencias v.B.CREMADES (La sanción...ob.cit.págs.222 y ss.).
- (4) Incluso -como indica CREMADES- la amenaza de un - posterior despido, independientemente de que este tenga o no lugar. (ob.cit.pág.223).

b) Primas por asistencia y puntualidad.

Las primas por puntualidad o asistencia del trabajador a su trabajo, constituyen en efecto un acicate económico (1) que estimula exitosamente la con-

ducta, actitud, y predisposición del trabajador en el sentido de procurar no sólo la presencia - en su puesto de trabajo en el tiempo debido, sino también en el más general de mantener su capacidad productiva evitando todo aquello que pueda dañar - su salud (2). Si bien el establecimiento de estas primas constituye un estímulo eficaz a la diligencia del trabajador en su vida privada, no puede - verse sin embargo libre de reparos, en especial - (3), el hecho de que tales primas sean denegadas al trabajador cuando este no hace acto de presencia o llega tarde a su trabajo, al quedar irrelevante si el trabajador ha obrado o no a este respecto negligentemente (4).

Una afirmación tal parece no sería en principio de reprochar por cuanto se establece un tratamiento completamente abstracto-objetivo del problema con consecuencias iguales para todos los trabajadores que incurran de facto en la misma actuación: la - falta de asistencia o puntualidad al trabajo. Si se analiza sin embargo a fondo este tratamiento - igual o unitario en sus verdaderas consecuencias, así se revela como un sistema sólo aparentemente justo que en realidad no satisface las exigencias de equidad a las que la aplicación del derecho debe en todo momento atender. La práctica muestra en efecto situaciones de injusticia e inseguridad, -- que tienden a producir en el estímulo de la dili--gencia del trabajador en su esfera privada efectos contrarios, a los en un principio perseguidos.

De un lado el establecimiento de un incentivo se mejante, no se muestra totalmente equitativo y - justo, a pesar de la legalidad o licitud de la - prima en sí (5), cuando al trabajador que ha venido asistiendo regular y puntualmente al trabajo, se le niega ahora el pago de la misma, aunque efectiva o verdaderamente se encuentre impedido para poder cumplir con su prestación en el tiempo debido (6), pudiendo producirse en consecuencia -lo que no es infrecuente en la práctica- un relajamiento en la propia consciencia de la responsabilidad al observar el trabajador de aquí en adelante en - su esfera privada una conducta más descuidada y menos responsable de la que hasta ahora había tenido, fruto probablemente de su frustración o resentimiento ante las consecuencias jurídicas derivadas (7); agravándose incluso la situación, caso de que el impedimento tuviese su causa no ya en la esfera -- privada del trabajador, sino en la propia de la empresa con motivo de la ejecución de su trabajo, -- siendo el empresario consecuencia directa o indirecta del mismo (8).

Del otro, el estímulo a la diligencia del trabajador que con la prima se pretende conseguir, puede producir el efecto contrario al no ser idóneo su establecimiento, o dicho de otra manera, dejando - de serlo cuando se rebasan las fronteras de lo razonable. Y estas se rebasan, cuando por ejemplo el trabajador con motivo de hacerse merecedor de la - prima, se presenta a trabajar cuando cualquier médico, dada su situación, le hubiese recomendado el

guardar cama (9). Tal supuesto y semejantes encierran en la práctica más importancia de la que a primera vista pueda parecer, en cuanto que surgen graves dudas relativas a como deba juzgarse en estos casos la negligencia del trabajador que acude a ejecutar su trabajo en un estado tal, y que con motivo de una disminución en su capacidad productiva a causa precisamente de aquel, ocasiona daños en los materiales o herramientas de trabajo, o produce en demasía piezas defectuosas o que incluso disminuya conscientemente su rendimiento.

- (1) Si bien tal estímulo económico a una mejor conducta del trabajador, puede no derivarse de la implantación de un sistema de primas en sentido estricto, sino de cualquier otro tipo de incentivo económico. Así por ejemplo el pago de ciertas gratificaciones adicionales, de concesión voluntaria por la empresa puede hacerse depender de la presencia o no durante el año del trabajador en su puesto de trabajo (v. FRIEDRICHS H. Fehlzeiten im Betrieb 1962.págs.91 y ss.).
- (2) De aquí que ciertos sectores de la Doctrina alemana las hayan denominado "primas a la salud" (Gesundheitsprämie) (v.FRIEDRICHS.ob.cit.pág.89).
- (3) Otros tipos de inconvenientes fuera de los propios aquí objeto de nuestro interés, pueden verse en -- FRIEDRICHS.ob.cit.págs.90 y ss.
- (4) En este sentido también M.DAEUBLER (Das soziale Ideal...ob.cit. pag.95).

- (5) Lo que debe quedar fuera de toda duda, por supuesto el establecimiento de un sistema tal de primas "condición más beneficiosa" para el trabajador, a pesar de sus quiebras, que la no existencia de las mismas.
- (6) Así FRIEDRICHS (ob.cit.pág.90). Piénsese en el supuesto de que el impedimento deriva de una enfermedad contraída por el trabajador. El estímulo económico a la diligencia que conlleva el establecimiento de la prima, trataría en realidad de evitar enfermedades simuladas o aquellas otras no simuladas, ocasionadas no obstante negligentemente. Si la enfermedad que aqueja al trabajador ha sido contraída efectivamente sin su culpa, se estaría dando un tratamiento jurídico igual -por ser iguales sus consecuencias- a conductas radicalmente diferentes. Supuesto que ha levantado gran polvareda jurídica - en el derecho alemán, es el de la ausencia obligada de la trabajadora debida a embarazo, al no oponerse el BAG a que una situación tal, conduzca a la pérdida de la prima (BAG AP nr.2 sobre el parágrafo 611 BGB; AP nr.58 sobre el mismo precepto mencionado); reaccionando ciertos sectores doctrinales alemanes contra semejantes resoluciones (así entre otros SCHWERTNER.JZ 1974 pág.482, y sobre todo - - DAEUBLER, en Das soziale Ideal...cit.pág.95, quien señala que al considerar el propio BAG, en la sentencia mencionada líneas arriba, las primas por -- asistencia como remuneración o emolumento laboral (Arbeitsentgelt) se resulta que indirectamente se lesiona el parágrafo 616.1 BGB -derecho a percibir la continuación del pago del salario caso de impedimento transitorio no culposo del trabajador de cumplir con su prestación-, porque se produce una disminución en la remuneración del trabajador, aún -- cuando su ausencia no pueda serle imputada como negligente, quedando así anulado el contenido de esta norma sin acuerdo expreso contrario; supuesto también de posible aparición en nuestro derecho.
- (7) Dudoso es que ahora se pueda esperar del trabajador el mismo cuidado o consideración a su salud y fuerza de trabajo que en momentos anteriores. Tales cambios anímicos en la conducta del trabajador, -- que debilitan su propia consciencia de la responsabilidad, constituyen en efecto uno de los principa-

les motivos que determinan en la práctica la falta al trabajo o la imputabilidad del trabajador, como pone de relieve Ulich en su estudio estadístico. (v.pág.591 nota nr.1).

- (8) Piénsese por ejemplo en la pérdida de la prima por el trabajador a causa de enfermedad ocasionada por un accidente de trabajo debido a la falta en la empresa de medidas adecuadas de seguridad; o cuando - el trabajador, en base al poder directivo empresa--rial se ve obligado a realizar trabajos extraordinarios o en circunstancias especiales, a consecuencia de lo cual se produce un agotamiento en el mismo, - teniendo que guardar cama unos días.
- (9) Ejemplo tomado de DAEUBLER.ob.cit.pág.95.

c) Sanciones empresariales.

Frente a la naturaleza premial de los incentivos - por asistencia o puntualidad, pueden ser establecidos por la empresa y con los mismos fines y objetivos que aquellas, sanciones de diverso tipo a aquel trabajador que falte o sea impuntual a su trabajo. El problema fundamental aquí arranca de una diferen--cia esencial existente entre ambos sistemas que tratanan de dar solución satisfactoria a los problemas derivados de los supuestos que ahora nos ocupan.-- Mientras que el establecimiento de un sistema de - primas es sin duda lícito, aún sin relacionarlo con la conducta observada por el trabajador, ocurre -- que por el contrario con el establecimiento de sanciones empresariales, por faltas de asistencia o - puntualidad, no se ve con tanta nitidez su permisibilidad jurídica, sobre todo cuando un sistema tal se pretende no esté en conexión con la actuación -

negligente del trabajador causante de aquellas (1). Y en esta línea, es ciertamente problemático el saber, hasta que punto se hacen depender la aplicación y validez de tales sanciones, del presupuesto de una conducta negligente del trabajador, o bien por el contrario queda irrelevante el exámen o valoración de su comportamiento, atendiendo simplemente a la mera lesión de hecho de un deber (el trabajador fué impuntual, o no acudió a trabajar), para la aplicación automática, sin más, de la sanción empresarial (2).

Independientemente de la consideración o no de tales sanciones como de naturaleza penal (3) hay que indicar la idoneidad de que solamente pueda ser -- sancionable la conducta culposa o injustificada del trabajador (4), pues de lo contrario podría llegarse a consecuencias más injustas e inequitativas si cabe, que con el sistema de primas, erareciendo el buen clima empresarial entre trabajador y empresario; por cuanto, "una medida punitiva empresarial por una conducta involuntariamente realizada podría originar...consecuencias contrarias a las esencias de todo castigo disciplinario -el mantenimiento del orden laboral-, al ser considerada por el castigado y por el personal de la empresa como una manifestación de la arbitrariedad del empleador en su política de personal. Implicaría pérdida de la eficacia ejemplar de la sanción y eventualmente, - incluso, reacciones de reivindicación colectiva" (5).

Por otra parte, y partiendo solamente de su conexión con la negligencia, -lo que de por sí resta ya mucho al contenido y operatividad que teórica y prácticamente pudiera tener un sistema tal de sanciones-

puede verse un cierto estímulo a una mejor diligencia del trabajador en su esfera privada, siendo no obstante más idóneo para la consecución de un objetivo tal, acudir a aquel de las primas y no a este de las sanciones. Por lo demás, el hecho de la existencia de un sistema de sanciones empresariales -- por faltas de asistencia o puntualidad, o bien su contrario, el de las primas o incentivos económicos, constituyen una buena prueba de que en principio la mera impuntualidad o ausencia del trabajador, no puede venir sin más considerada como negligente, porque de lo contrario sería ya en cierta manera superfluo el propio establecimiento de semejantes sistemas, al entrar ya en acción regularmente las consecuencias jurídicas que en su caso fueran, conforme a la normativa jurídico-laboral de carácter general.

No cabe duda de que el Derecho del Trabajo participa también de aquella nota común del derecho: la de contener normas de aplicación de carácter general, para los supuestos de impuntualidad y asistencia de tanta relevancia y frecuencia práctica (6). En este sentido parece no sólo necesario sino incluso de utilidad el establecimiento de un sistema basado fundamentalmente en una objetividad y disciplina igual para todos los trabajadores. Ciertamente -- un tratamiento individual del problema es difícil. -- Aún así, se debe afirmar tal posibilidad con carácter en mayor o menor grado excepcional en base a la consecución de objetivos de equidad. El examen de la diligencia caso por caso debe permanecer, al igual a como se ha ido examinando a lo largo de este trabajo, también para estos supuestos. "Las normas vi

gentes pretenden con sus principios generales man tener una disciplina y reforzar el poder de direc ción; más es conveniente y precisa una valoración individual de las circunstancias de cada caso, -- puesto que, una resolución injusta ni favorece la disciplina ni beneficia la autoridad" (7).

- (1) Diversas consideraciones sobre la idoneidad o no de la admisibilidad de las sanciones económicas empre sariales en forma de multas pueden verse en B.CREMADES (ob.cit.págs.226 y ss.).
- (2) De destacar es que el carácter disciplinario y san cionador de las multas empresariales, no puede ser cubierto por el trabajador mediante un contrato de seguro, que probablemente caso de concertarse po-- dría verse como un acto desleal del mismo para con su empresa (en este sentido B.CREMADES ob.cit.pág. 228).
- (3) Sobre la naturaleza jurídica de la sanción disci-- plinaria en general v.B.CREMADES (ob.cit. págs.151 y ss.). Discutido es si con tales sanciones debe - traerse a colación el principio penal "nullum cri-- men nulla poena sine lege" (en sentido afirmativo HACKER ob.cit.pág.29, quien indica la necesidad de la existencia de un Betriebsbussenordnung). De te-- ner en cuenta con ALONSO OLEA es que si bien la -- sanción posee carácter disciplinario, esto no se - confunde con el propio penal, y, "que el Derecho - disciplinario...no está montado al menos con la mis ma firmeza que el Derecho penal sobre el principio "nullum crimen nulla poena sine lege" (El despido ob.cit. pág.127; sobre esto v.también las conside-- raciones de B.CREMADES ob.cit.págs.171 y ss. y 180 y ss.); ahora bien, como recalca el citado autor, "lo que es evidente es que no puede existir sanción

sin acto o conducta sancionable" (en Dieciseis Lecciones...cit.pág.46).

(4) En este sentido B.CREMADES (ob.cit.págs.208 y ss.); M.DAEUBLER (ob.cit. pág.95); HACKER (ob.cit.pág.129).

(5) B.CREMADES ob.cit.págs.208-209.

(6) A esto parece apuntar con carácter general -frente al silencio de la LCT, y en sentido semejante a lo de ordinario, preceptuado en las Reglamentaciones- el art.39 d) del DLRT al señalar que "las faltas, aún justificadas (por lo tanto, ni negligentes, ni imputables al trabajador) de asistencia al trabajo, cuando fueren intermitentes, superen en un año el treinta por ciento de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración"; "constituyen (art.39.1.) causa suficiente para el despido".

(7) C.DEL PESO (Dieciseis Lecciones....ob.cit.pág.84).

2. La detención del trabajador.

A. Introducción. Su problemática.

El impedimento del trabajador de poder cumplir con su prestación puede venir también originado por -- causa de la privación de su libertad, que por su -- importancia, estado polémico en que se encuentra y relativa frecuencia práctica, debe ser aquí objeto de exámen. El problema que surge es el de saber si también se va a atender al exámen de la culpabilidad, contemplando de alguna manera la diligencia -- exigible al trabajador, en aquellos supuestos en --

los que este no pueda continuar el desarrollo de - su prestación por motivo o causa ilícita no permitida al tener lugar la privación de su libertad.(1)

Ciñéndonos al problema concreto de nuestro estudio -la conexión y relación de la diligencia con la detención del trabajador- se debe partir para de--terminar si es o no negligente la actuación del --mismo en su vida privada causante del impedimento de cumplir con su prestación de trabajo, de la consideración o no de los casos de privación legítima (2) de libertad, como posibles supuestos de fuerza mayor que, siendo "ajena en su sobreveniencia a la voluntad de las partes del contrato de trabajo" (3) refleje un "hecho obstativo que, definitivamente, impide el cumplimiento de las prestaciones" (4); -examinar si viéndose el trabajador privado de su -libertad, lo sea en base a un suceso imprevisto o previsto pero inevitable al venir este configurado" por un hecho extraño al agente que haga a éste inimputable, por falta de dolo o culpa" (5)

-
- (1) De indicar, es que el impedimento que la detención del trabajador puede producir, se fundamenta por -norma general en la mera falta de asistencia del -trabajador a su trabajo, no sin embargo en la le--sión genérica de su deber de fidelidad. Así caso -de proceder despido del trabajador, su verdadera -causa debe verse de modo ordinario con VIDA SORIA en las faltas de asistencia reiteradas y no justificadas, no sin embargo en el fraude, deslealtad o abuso de confianza (págs.201-102 y 208 nota nr.209; en la misma línea la jurisprudencia, como se tendrá ocasión de ver; cfr.también E.BLANCO RDT 1957 nr.7-8 págs.541 y ss).

- (2) Se debe partir de este presupuesto, por cuanto difícilmente podrían verse negligentes por ser constitutivos (aquí sin duda alguna) de fuerza mayor, aquellos impedimentos de poder cumplir con posterioridad la prestación que tienen su causa en una privación ilegítima de la libertad del trabajador (sobre esto cfr. VIDA SORIA.ob.cit.págs.201-202 y autores - allí citados y DEL PESO cit.pág.76).
- (3) ALONSO OLEA.El Despido ob.cit.pág.63.
- (4) ALONSO OLEA. Dieciseis Lecciones cit.pág.44.
- (5) L.A.COLOMBO. La fuerza mayor como causa de disolución del contrato de trabajo (en Estudios en memoria de A.M.Unsain.Buenos Aires 1954; citado por A.OLEA. El Despido cit.pág.63 nota nr.5). Cuando de esta manera tenga lugar la fuerza mayor "estaremos ante un caso de falta de asistencia repetida, pero justificada, puesto que de ella no es culpable el trabajador; la ausencia será debida a un suceso imprevisible, o previsible pero inevitable" (VIDA SORIA.ob.cit.págs.203-204; v.asimismo MONTOYA MELGAR. La extinción...ob.cit.págs.114 y ss.).

B. Manifestaciones fundamentales.

El exámen de la negligencia en el comportamiento del trabajador se proyecta fundamentalmente sobre cuatro tipos de privaciones legítimas de libertad: detención gubernativa, arresto sustitorio, prisión provisional, esta con una doble variante, que al final - del procedimiento se declare o no la inocencia del trabajador acusado, y, finalmente, condena del trabajador como estadio final de un procedimiento.

a) Detención gubernativa.

La detención gubernativa del trabajador como causa impeditiva de cumplir este con su prestación de trabajo, no plantea mayores problemas en orden a considerar si aquella puede ser estimada o no como negligente, que normalmente no lo será, por cuanto que su mera aparición o aplicación, no contiene ni conlleva a priori la consideración de la actuación del trabajador como culpable (1).

- (1) En este sentido CARRO IGELMO. La suspensión del -- contrato de trabajo. Barcelona 1959.págs.139-ss. y VIDA SORIA, quien consecuentemente señala que no debe verse obstáculo para apreciar la inevitabilidad o imprevisibilidad en tales supuestos (ob.cit. pág.204; v.BLANCO RDT cit.pág.543).

b) Arresto sustitutorio.

El segundo supuesto mencionado, el impedimento de poder cumplir la prestación de trabajo nacido del arresto subsidiario o sustitutorio que puede sufrir el trabajador por impago de multas, debe ser considerado negligente, no sólo por la propia conducta que dió lugar a la imposición de la multa, pero que no afecta a la ejecución del trabajo al no privar de la libertad al trabajador, sino también por aquella otra posterior de no pagarla, que consecuentemente hace que surja el arresto (1).

- (1) Lo que, como indica VIDA SORIA, no se puede cali-

ficar como hecho imprevisible o inevitable (ob.cit. págs.204-205). La detención por arresto sustitutorio, con motivo del impago de multas gubernativas, no constituye con carácter general una situación justificativa de las ausencias al trabajo (STS 2 enero 1974; 29 enero 1974; STCT 7 marzo 1975; en el mismo sentido también la STCT de 20 junio 1975, dando tales faltas de asistencia como "injustificadas", que es concepto diferente de ser "explicadas". Dudoso es sin embargo, en cuanto a la imputación de la negligencia, cuando una vez surgida la multa, se viere el trabajador por algún motivo, imposibilitado de hacerla efectiva (por ejemplo por su insolvencia), dando lugar al arresto subsidiario. Probablemente pudiera afirmarse la negligencia en un caso tal por la vía del "versari in re illicita", por considerar que fue su conducta originaria la que con posterioridad hizo surgir el impedimento de poder cumplir con su prestación (el arresto), sin que tenga así relevancia su conducta posterior (el impago de la multa); surgiendo de esta manera el arresto subsidiario, por haber obrado el trabajador desde un principio negligentemente.

c) Prisión provisional.

En cuanto al supuesto de prisión provisional del trabajador, declarándose con posterioridad la inocencia del mismo, se plantea el problema en saber si el impedimento de cumplir la prestación de trabajo al ser privado el trabajador de su libertad física en base a la prisión provisional, puede serle imputado no obstante haber sido absuelto al final del procedimiento.

Si bien podría ser vista la negligencia según la propia conducta o actuación observada por el trabajador (1) que ha movido al juez a decretar su prisión provisional, se debe afirmar por regla general la inexistencia de tal posibilidad, por cuanto en realidad no ha hecho todavía acto de presencia el

reproche de la culpabilidad a su actuación (2). - Siendo la presunción de su inocencia la regla general, debe venir del mismo modo presumida su conducta diligente, no pudiendo en consecuencia imputársele durante este período de prisión provisional - la no asistencia a su trabajo (3).

- (1) v.arts.503 y 504 de la LEC, en donde de manera más o menos directa se contienen una serie de comportamientos que pueden dar lugar a la prisión provisional.
- (2) Lo que tampoco va a ser así en el supuesto ahora - contemplado, al declararse la inocencia del trabajador al final del procedimiento.
- (3) No es idóneo considerar la mera sospecha como negligente, por cuanto la culpabilidad todavía no ha hecho acto de aparición. En este sentido VIDA SORIA (ob.cit.págs.207-208): "es lógico estimar que si - no hay posibilidad de declaración de culpabilidad criminal, no la hay tampoco de culpabilidad en otro ámbito de cosas; debiéndose estimar que la privación de libertad a efectos laborales ha sido debida a causa imprevisible e inevitable" (v.también BLANCO en RDT pág.544). De manera inequívoca se ha expresado la STS 2 diciembre 1975: "disponer que "no se considera injustificada la falta al trabajo que derive de la detención del trabajador si éste, posteriormente es absuelto de los cargos que se le hubiere imputado" (así el art.96 de la Ordenanza - de Trabajo para la industria Siderometalúrgica de 29 julio 1970, que menciona y recoge la sentencia).. sólo constituye un desarrollo o especificación de la expresión genérica e incorrecta de "faltas...injustificadas...de asistencia al trabajo" empleada en el art.77 de la LCT". Otras sentencias señalan que para que las ausencias por detención o prisión pierdan el carácter de injustificadas es necesario

que se cumpla y acredite en los autos la condición de que exista absolución o sobreseimiento. (STS 26 abril 1972; 16 octubre 1972; STCT 27 enero, 14 noviembre, 19 diciembre 1973; 12 marzo 1974; 7 marzo 1975; 10 diciembre 1976; 27 enero 1977. (cfr. sin embargo la STCT 12 noviembre 1975 en base a la Ordenanza Laboral aplicable al supuesto concreto, así como la STCT 25 mayo 1976).

d) Condena del trabajador.

Distintas consecuencias jurídicas pueden no obstante resultar cuando, con posterioridad al período de prisión provisional, no es absuelto el trabajador como en el caso anterior, lo que nos hace entrar en el último supuesto objeto de exámen referido a la condena.

La declaración de culpabilidad en proceso condenatorio, refleja una conducta culposa, socialmente reprobable. El impedimento del trabajador de cumplir con su prestación de trabajo a causa de condena privativa de su libertad, parece así deba ser considerado como negligente, al considerarse imputable al trabajador la causa de su inasistencia al trabajo, a partir del momento de su condena (1).

Mediando condena, probablemente haya que ver también como negligente el impedimento del trabajador de cumplir con su prestación con motivo de su prisión provisional (2) hasta el momento de tener lugar aquella, por cuanto que es la propia condena la que confirma la culpabilidad del trabajador por aquellos actos, que, dando lugar a la privación de su libertad (prisión provisional), han hecho asimis

-2014-

mo imputable a aquel, el impedimento de continuar con el desarrollo de la prestación (3).

- (1) En este sentido señala VIDA SORIA, que no se puede hablar de posibilidad de aparición de la fuerza ma mayor justificativa, puesto que si lo que se cometió fué un delito, se estima que la privación de libertad consecuencia del mismo, no era imprevisible ni inevitable" (ob.cit.pág. 206). Semejante -- MONTOYA MELGAR para quién no es lícito pensar "que la privación legítima de libertad por comisión de un delito sea constitutiva de una fuerza mayor pro pia, completamente extraña a la conducta desarrollada por el trabajador" (La extinción...ob.cit.--pág.115; v.también BLANCO cit.pág.544). Un despido del trabajador motivado por condena "está manifiestamente fundado en el propósito de sancionar al -- trabajador una infracción típicamente laboral; la de incumplir su deber de trabajar por no asistir -- al trabajo, que los arts.76 causa 8 y 77 ap.a) de la LCT establecen como causa de terminación de los contratos laborales por voluntad del empresario, -- despido justo mediante la justa causa de faltas re petidas e injustificadas de asistencia al trabajo..". (STS 7 octubre 1976).
- (2) Lo que es pensable asimismo de aquellas posibles -- faltas de asistencia del trabajador a su trabajo derivadas de su actuación como parte en el proceso, "ello porque la declaración de culpabilidad hace -- que aquella posible inimputabilidad desaparezca" -- (VIDA SORIA ob.cit.pág.206; v.también la STS 28 -- abril 1975).
- (3) v.VIDA SORIA ob.cit.pág.cit. y las STS 26 abril -- 1972; 16 octubre 1972; 5 febrero 1974; STCT 12 marzo, 24 junio, 11 julio, 8 octubre, 2 y 3 noviembre, todas de 1974; 19 junio y 19 noviembre 1975. La au sencia al trabajo debe reputarse injustificada (STS 28 abril 1975) al serlo también "la detención del -- interesado por la policía en el propio lugar de su trabajo, de la que pasó a disposición de la autori dad judicial, para responder de las acusaciones con

tra él formuladas que dieron origen a su condena - pues aunque estas circunstancias se produjeron sin su iniciativa y asentimiento, sí lo fueron por su voluntad las causas determinantes de ella, por lo que la situación encaja perfectamente en las precisiones del art. y apartado antes referido..."(art. 77 a) LCT).

C. Juicio crítico

Si se contemplan los supuestos acabados de exponer desde su perspectiva global se observa en todos -- ellos una característica común, cual es la de la -- valoración de la conducta del trabajador como ne-- gligente en virtud de la aplicación del principio del "versari in re illicita" de larga tradición pe-- nal (1) en base al cual, "el que realiza un acto -- ilícito responde de todas las consecuencias de di-- cho acto, aunque no fueran ni queridas, ni previs-- tas, ni previsibles por él" (2). De este modo se -- resulta imputable al trabajador el impedimento de cumplir con su prestación de trabajo (su asisten-- cia o falta al mismo), basándose no tanto en el -- propio hecho de la privación de su libertad, como en aquellos otros que dieron origen a la misma en virtud del principio "causa causae est causa causa-- ti", o sea, "el que es causa de la causa, es causa del mal causado", respondiendo de todos los efectos que de ella se puedan producir (3).

Difícil se hace el poder argumentar que la comisión por el trabajador de un delito, aún produciendo rei-- teradas faltas de asistencia a su trabajo, no provo-- que sin embargo la aplicación del art.77 ap. a) LCT, porque se piense que la privación de libertad del -

trabajador como consecuencia de aquella comisión, justificaría su ausencia o inasistencia al trabajo por constituir un caso de fuerza mayor al amparo del art.1105 CC, por cuanto las notas de imprevisibilidad o previsibilidad pero inevitabilidad que la fuerza mayor conlleva excluyen ya de por sí toda conducta o comportamiento negligente en el autor, exclusión que no debe considerarse existente -lo que borra ya el carácter de fuerza mayor- cuando el sujeto observa una conducta socialmente reprobable hasta el punto de delinquir (4). Se resulta ciertamente muy difícil, que mediando condena del trabajador al ser culpable del delito que se le imputa, pueda considerarse sin embargo no culpable del impedimento de cumplir con su prestación de trabajo, nacido o derivado de aquella. El fundamento jurídico que cimenta y asienta la culpabilidad del trabajador en tales supuestos no es la propia comisión de un delito, sino la imposibilidad de cumplir con sus deberes laborales que de --aquella nace, imposibilidad que debe reputarse negligente, por cuanto tuvo su causa u origen directo en una conducta socialmente reprobable.

Una postura tal mantenida por nuestra jurisprudencia (5), evolucionando desde la llamada "voluntariedad" a la otra más exacta de la "injustificación", y un sector de nuestra Doctrina (6) es en líneas generales de aceptar, por cuanto, y al objeto aquí de -nuestro interés, de cualquier forma que se mire, la actuación del trabajador en su esfera privada ha excedido en gran manera lo que podría ser esperado y exigido de manera razonable a un miembro de la comu

nidad, por lo que debe considerarse existente la - negligencia en las consecuencias de aquellas derivadas, detención y consiguiente falta al trabajo, por aplicación del principio "causa causae est causa causati".

Sin embargo, la interdependencia entre el hecho causado y sus consecuencias que el principio "versari in re illicita" conlleva, debe ser en lo posible, -y en base a evitar situaciones gravosas para el trabajador a la vista de una razonable equidad-, re cortada o aminorada siguiéndose así una evolución paralela a la que ocurre en el ámbito del Derecho Penal (7), sin descuidar no obstante el hecho de - la diversidad de concepciones que adopta la culpa en uno y otro campo del derecho (8).

La aplicación del versari in re illicita debe esta blecer de manera efectiva una relación estrecha y directa entre el hecho causado y sus consecuencias jurídicas a fin de conservar en lo posible el carác ter de fortuito en el hecho, no convirtiéndose así en imprudente no obstante la falta de licitud del acto inicial. Lo dicho, es de deseable aplicación a aquellos actos de frecuente manifestación prácti ca inclinados a la producción de resultados dañosos, por la propensión al riesgo social que su aplica-- ción conlleva, en primer término los accidentes de tráfico automovilístico que puedan ser constituti- vos de delito.

En esta línea son de gran interés las consideracio

nes de la STS de la Sala IV de lo penal de 19 abril 1965, que, restando fuerza al principio del versa-ri in re illicita, marca ya el camino tendente a - eximir de responsabilidad por los resultados for-- tuitos en delitos cometidos en el tráfico automovilístico, aunque el acto inicial sea considerado penalmente ilícito (9).

En el caso contemplado en esta sentencia absuelve el TS, al acusado del resultado fortuito producido, si bien le condena por el delito de conducción sin habilitación legal, en el que el autor estaba in-- curso en el momento de producirse el accidente:

"De lo relatado se deduce de manera indudable el acto ilícito que exige esta circunstancia eximente octava del art.8 del CP para que pueda ser apreciada, dado que conducir un camión en las condiciones que se expresan, -dejando para más adelante esa nulidad del permiso de conducir- no infringe en sí precepto penal de ninguna clase, salvo en lo que a este permiso se refiere, con lo que la exteriorización del querer a ese fin y por tanto estamos ante la ausencia de todo dolo en la producción del evento; la diligencia del conductor, no es posible ne- garla, iba por su derecha a velocidad moderada y - la rotura de la dirección fué instantánea e imposible de preveer, por lo que en su actuación no se - observa circunstancia alguna de la que pueda infe- rirse una posible negligencia imputable al mismo, y ese mal causado por mero accidente sin intención de causarlo, aparece suficientemente claro de esa avería del vehículo, y como ese estado de peligro

fué debido a causas ajenas a su voluntad, fortuitas e independientes de su querer y en su desarrollo no actuó de manera imprudente, por ello es preciso reconocer que de las premisas de facto no se infiere nada reprobable... como se afirma en el -- fundamento, en este caso concurren todos los requisitos que se exigen en aquel precepto para eximir de responsabilidad al aludido y si bien por la parte recurrente en apoyo de su tesis se menciona que este último conducía el camión sin carnet, por lo que ha sido condenado de acuerdo con el art.3 - de la ley de 9 mayo 1950 ello no impide reconocer sus condiciones para conducir dicho vehículo, por razón de ese mismo carnet, que había sido declarado nulo, y no le autorizaba a esos fines, que a efectos punitivos no afecta al hecho que se imputa al recurrente, sobre lo que no puede apoyarse una acusación de tal naturaleza, por ser independientes las consecuencias dañosas que se produjeron y el repetido acto de conducir sin carnet".

Los argumentos de esta sentencia, que han sido vistos por la doctrina penal como "formalmente" contradictorios, pero contenentes de un fallo justo - (10), pueden ser en su espíritu de gran utilidad - en lo que toca a sus posibles repercusiones en el ámbito laboral.

La sentencia mencionada ha reducido el ámbito de operatividad del versari in re illicita al postular la necesidad de una fuerte conexión entre el hecho

causado y sus consecuencias jurídicas, que si bien, bajo la perspectiva de una interpretación amplia y extensiva de aquel principio podría probablemente afirmarse; bajo su contraria, reducida y adaptada por demás a los hechos de la realidad, no encuentra aquella aplicación práctica. No se trata ya de una afirmación general del principio tal como venía siendo formulada por los penalistas de mitades del siglo pasado como se vió, sino que, y como señala el propio TS, se debe partir de las "premisas de facto", para según estas, ver si se infiere la reprochabilidad de la conducta del sujeto. Si bien el conducir sin carnet es constitutivo de un acto ilícito, en suma, y a la vista de los hechos contemplados en la sentencia, reflejo de una actuación o comportamiento negligente del sujeto, no lo son sin embargo las consecuencias dañosas que se produjeron, siendo el sujeto exonerado de responsabilidad sobre estas, por existir una independencia -- ("rotura del versari") entre estas y el acto de -- conducir sin carnet. De resaltar por su importancia, al objeto de nuestro interés, es que la actuación -- del sujeto (conducir el camión) nacida de un acto ilícito (conducir sin carnet), ha sido no obstante diligente, por cuanto el accidente fué provocado por circunstancias fortuitas, que impidieron ya la aplicación de la negligencia en el comportamiento del sujeto.

Si en base a un razonamiento tal, y utilizando los mismos presupuestos de hecho relatados en esta sentencia se examinan las repercusiones laborales, ha

bría que preguntarse cómo sería la situación si el conductor, ahora trabajador, de resultas del accidente de tráfico se viese impedido de cumplir con posterioridad su prestación de trabajo, a causa -- por ejemplo de lesión corporal. Aún siendo condenado a una sanción económica su actuación negligente por conducción sin carnet, es obvio que la fuerza de esta negligencia no lo es tanto como para penetrar también en el propio accidente, por cuanto -- que este se produjo de manera fortuita.

Si el trabajador ha observado una conducta diligente en su esfera privada en lo que directamente se conexiona con la posibilidad de cumplir su prestación, quebrándose no obstante aquella por la aparición de una fuerza mayor, sus faltas de asistencia al trabajo, no podrán ser consideradas sin reser--vas como injustificadas, porque en puridad no le --son imputables, aunque la ocasión de su actuación (no se olvide que diligente), haya venido propor--cionada, motivada u originada por la comisión inicial de un acto ilícito. Así el acto inicial puede ser culposos, no sin embargo los acaecidos posteriormente (11); o por contra puede no resultar culposos y sí, no obstante, los acaecidos con posterioridad (12).

El impedimento del trabajador de cumplir con su --prestación, surgido como consecuencia de la privación legítima de su libertad al haberse producido la comisión de un delito, viola la diligencia exigible del trabajador en su esfera privada tendente a posibilitar el posterior cumplimiento de sus deberes laborales. Su consideración como negligente de

be hacerse así depender en virtud de la aplicación del principio del "versari in re illicita" en los términos, y con las observaciones vistas -del pronunciamiento de la jurisdicción penal sobre la culpabilidad del trabajador lo que caso de ser así, supone confirmar el comportamiento del -trabajador como socialmente reprochable, y caso -de no serlo, la no imputabilidad al mismo de aquel impedimento (13).

No siendo el propio delito en sí, sino el impedimento que su comisión ocasiona, lo que realmente afecta a la posibilidad del trabajador de continuar el desarrollo de su prestación de trabajo (14) cuando aquel, no obstante mediando condena, esté -en situación de seguir cumpliendo con sus deberes laborales (15), decae ya el juicio de valoración de la negligencia al no existir motivo alguno --- que le impida continuar con su trabajo.

(1) El principio "qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu", trae su origen del Derecho Penal de la edad media, inspirándose esencialmente en -- los criterios de la responsabilidad objetiva.(v.J. PEREDA.El "versari in re illicita en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana. Madrid -- 1948. El mismo autor en ADP 1956.págs.213 y ss; -- así como CEREZO MIR en ADP 1967 págs.47 y ss.).

(2) CEREZO MIR.ADP cit.pág.47.

(3) v.C.DEL PESO (Dieciseis Lecciones...cit.pág.75).Se

mejante ocurre en el derecho alemán en donde el cumplimiento de una pena de privación de libertad al basarse siempre sobre una conducta culposa, de termina la negligencia del trabajador que se ve impedido de poder continuar su prestación (v.H. BROX.Grundbegriffe...ob.cit.págs.61-62 y G.SCHUAB ob.cit. págs. 460 y ss.; y 354 y ss.).

- (4) No se trata por lo tanto de afirmar la imputabilidad del trabajador atendiendo meramente a las consecuencias de sus actos, sino por contra en la medida en que aquellas han sido previstas o han podido, - preverse o evitarse.
- (5) En una primera fase nuestra jurisprudencia se apoyó en la nota común de la "voluntariedad" en el im pedimento de poder continuar el desarrollo de la prestación. Así la STCT 3 abril 1964, señala que - "si bien no son voluntarias las faltas de asistencia al trabajo sí lo son los actos que las motivan y que dieron lugar a la detención". Semejante se expresa la STS 19 enero 1965, al afirmar la imputa bilidad en el trabajador de la inasistencia a su trabajo, "puesto que voluntariamente fueron realizados los actos que dieron lugar a la detención o pri sión" (en sentido semejante las STS 15 enero 1946; 28 noviembre 1953; 9 enero 1956; 10 abril 1957; 18 marzo, 1 julio 1958; 16 enero, 2 junio 1959; 24 ma yo 1960, 11 octubre 1961, y las STCT 29 abril 1960; 29 diciembre 1961; 28 diciembre 1962; 24 marzo 1964; 6 junio 1964; 22 diciembre 1965). Ahora bien, como acertadamente indica MONTAYA MELGAR (La extinción.. ob.cit.pág.119;v.asimismo DEL PESO. Dieciseis Leccio nes.cit.pág.75), "que exista voluntad de delinquir parece completamente independiente de que exista vo luntad de faltar al trabajo. Si la ausencia al tra bajo por detención legítima se sanciona hasta con el despido, no es porque sea una ausencia "volunta ria", sino porque tiene una causa injustificada". En esta línea la STS 17 febrero 1966, que asimismo recoge el autor declara procedente el despido del trabajador "en vista de sus reiteradas y consecuti vas faltas de asistencia al trabajo, que de algún modo pueden estimarse justificadas por obedecer a su procesamiento y prisión...ya que ...si bien la privación de libertad pudo no haber sido querida -

"per se" por el sujeto que a ella se encuentra sometido, sí le es imputable la conducta que tal --pronunciamiento provocó, a la que hay que achacar su prisión y consiguiente imposibilidad para asistir a su trabajo, lo que por tanto no justifica --su falta de asistencia al mismo. "Este progresivo abandono a un segundo plano del término un tanto oscuro e incierto, de la voluntariedad, para acudir en primer término a aquel más idóneo de la --falta de justificación en la conducta del trabajador, ha sido confirmado por la jurisprudencia posterior (v.entre otras las STCT, 7 marzo, 27 enero, 20 junio, y 19 noviembre todas de 1975; STS 7 octubre 1976). La STCT 27 enero 1975 citada, declara expresamente que: "...siguiendo la reiterada --doctrina jurisprudencia contenida entre otras en las sentencias de la Sala VI del TS de 30 junio, 29 septiembre, 14 noviembre 1969 (R.3248, 4202 y 5500), 21 febrero 1970 (R.1109); 12 febrero, 4 --marzo y 26 abril 1972 (R.507, 1058 y 3560), que --en los supuestos de inasistencia al trabajo por --detención del operario, no deben de confundirse --los términos de involuntariedad con los de justificación, pues aunque la inasistencia sea ciertamente involuntaria no es causa justificativa de --ella la privación de libertad...".

- (6) Frente a los autores citados en páginas anteriores cfr.B.CREMADES. La sanción...ob.cit.pág.210 nota --nr.175; ALONSO OLEA. El Despido.ob.cit.pág.138, y en Dieciseis Lecciones ob.cit. págs.54 y ss., quien expresamente señala (pág.55) que "en cualquier caso la culpabilidad o imputabilidad a que, en general, nos estamos refiriendo como requisito del incumplimiento, habría que entenderla en el sentido de incumplimiento sin justificación legal o en el más --amplio de que las personas deben responder no sólo de las consecuencias directas de sus actos, sino --también de las indirectas que previsiblemente puedan derivarse de aquellos (combinada con la consideración adicional de que no se puede pretender hacer responsable a un tercero de estas mismas consequencias, ni directas ni indirectas)".
- (7) Las tajantes afirmaciones de PACHECO en sus Comentarios al Código Penal de 1848, en el sentido de --

que "no se puede rectamente pretender la absolución de lo que era un paso más en la vía por donde se - andaba", porque "quien de su voluntad se acerca a males notorios no se queje si perece en ellos", han sido abandonados posteriormente por la doctrina penal. (así CEREZO MIR en ADP cit.págs.cit.; RODRI- GUEZ DEVESA. Derecho Penal Español. Parte general. Madrid 1971.págs.377-378; CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MORULLO. Comentarios al Código Penal. I. Barcelona 1972 págs.318 y ss. y J.PEREDA, ADP cit.pág.255, - quien señala que este principio, "si es con mengua de la justicia se debe en absoluto rechazar".

- (8) Lo que de por sí hace más equitativa y razonable - la reducción de la virtualidad de este principio en la esfera penal que en la propia laboral. A es- te respecto hay que destacar una característica de gran relevancia en el marco del Derecho Penal, no siéndolo tanto en el propio del Derecho del Traba- jo: la llamada a la culpabilidad del autor, enten- diéndolo aquí en su sentido estricto subjetivo co- mo valoración de una conducta imputable y reprocha- ble, porque es en este orden de cosas donde el ver- sari in re illicita resulta incompatible con el - principio de que "no hay pena sin culpabilidad". - (así CEREZO MIR ADP cit.pág.47; CORDOBA RODA/RODRI- GUEZ MOURULLO. Comentarios.cit.pág.317).
- (9) v.CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios... cit.I.págs.326-327, quienes recogen asimismo esta sentencia como portadora de un carácter ciertamen- te novedoso.
- (10) Así CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO.ob.cit.pág.326.
- (11) Para mayor abundamiento, piénsese por ejemplo en el trabajador que se persona ante la autoridad compe- tente para hacer efectiva la sanción económica im- puesta por delito de conducción sin carnet, ocurrien- do en este espacio de tiempo un accidente fortuito

que le produce una lesión corporal, imposibilitándole con posterioridad el poder cumplir con su -- prestación. Probablemente la ausencia a su trabajo estaría injustificada al no serle en puridad -- imputable al trabajador el hecho causante del impedimento. Dudoso sería sin embargo exonerarle de la culpabilidad por ejemplo en el día o, las horas de trabajo perdido, por personarse a hacer efectiva la multa, por cuanto la conexión ahora tiene un carácter directo.

- (12) Piénsese por ejemplo en el trabajador que cometiendo un delito perseguible sólo a instancia de parte, emprende con posterioridad la huida en automóvil y a causa de su estado nervioso y excitado, sufre un accidente con lesión corporal. Instruídas las diligencias oportunas para su procesamiento a instancia de la víctima, renuncia esta posteriormente -- quedando sobreescribiendo el sumario. En este supuesto -- aún no existiendo declaración de culpabilidad en -- el trabajador por su actuación inicial, deben reputarse probablemente como injustificadas las faltas de asistencia a su trabajo a causa de lesión corporal producida por el accidente, al haber sido este ocasionado negligentemente.
- (13) Sin duda tales supuestos aún justificando la inasistencia del trabajador a su trabajo, pueden dar lugar a situaciones injustas y no equitativas en la -- esfera del empresario, porque este se vea obligado a cargar con las consecuencias que una ausencia -- del trabajador no culposa, pero prolongada, puede conllevar (VIDA SORIA piensa por ejemplo en la duración del propio proceso penal, que puede incluso alargarse a través de la propia mecánica de la interposición de recursos.ob.cit.pág.209; sobre esto v.también las consideraciones que hace B.CREMADES ob.cit.pág.210, en especial en la nota nr.175). Ante este problema, de indudable gravedad, se pueden arbitrar diversas soluciones, tales como, la extinción del contrato de trabajo en base a la causa -- sexta del art.76 LCT, o bien la suspensión o interrupción del mismo, sustituyendo con carácter transitorio al trabajador detenido (así DEL PESO.ob.cit.pág.76) o impedido de asistir regularmente a su traba

bajo a causa de sus actuaciones procesales. De to das formas, y cualquiera que sea la solución que se adopte, esta no puede ignorar que el impedimento se ha producido de manera imputable al trabajado dor, con lo que se debe proteger la estabilidad - en el empleo hasta los límites razonables y posibles conforme a la equidad, dando verdadero sentido a tales impedimentos en sus justos términos -- reales como supuestos de fuerza mayor temporal.

(14) Pues el propio delito extralaboral cometido por el trabajador no es por sí mismo causa de sanción la boral alguna, ni tampoco constitutivo de despido con entidad propia (salvo supuestos excepcionales reconducibles al ap.e) del art.77 LCT), sino que el único hecho que puede determinar consecuencias jurídicas desfavorables para el trabajador, conviene repetirlo, es el propio impedimento que la co-- misión de aquel provoca.

(15) Piénsese en la libertad condicional o vigilada del trabajador, que no obstante cumple condena.

3. Cumplimiento de deberes de más alto rango.

La conducta o actuación del trabajador en la esfera extralaboral, que puede provocar un impedimento en el mismo de cumplir con su prestación de trabajo, viene en ocasiones motivada o justificada, no ya - en base a una incapacidad en los términos y por los motivos vistos, sino por el cumplimiento de deberes considerados social o jurídicamente de mayor rango (1). Deberes para con el estado, la justicia o las autoridades públicas o que representan la protección de un bien jurídico de más alto valor, tienen por regla general primacía sobre los propios deberes laborales (2).

- (1) Bajo este epígrafe cuentan los supuestos a los que se refieren los arts.67.2 y 79.2 LCT, y art. 25.Tres d) LRL (cumplimiento de deberes o ejercicio de cargos de carácter público o personal). Difícil se hace saber de antemano y con precisión, que es o en qué consiste un cargo o un deber de carácter público (de tal naturaleza debe ser considerada la actividad de los representantes sindicales: así MATIA - PRIM. Dieciseis Lecciones...ob.cit.págs.324-325, v. la bibliografía allí citada por el autor), así como cuales sean los supuestos prácticos que puedan reconducirse a estas nociones, lo que probablemente solo puede ser determinado en atención al caso en concreto para ver si se está o no dentro del espíritu de la ley (en este sentido VIDA SORIA ob.cit.pág.291, quien se ocupa en general sobre el problema de la de limitación conceptual de estos términos en págs.284 y ss.). Con frecuencia vienen reconocidos en las Reglamentaciones, diversas causas que no lo están expresamente en la ley, de relevancia en orden a justificar el impedimento del trabajador de cumplir con su prestación de trabajo en el tiempo debido, paliando así en cierta medida la deficiente regulación de aquella. A pesar de esto, es deseable que sea la propia ley, "la que dé solución a estas cuestiones y no de forma parcelada las Reglamentaciones de Trabajo" (C.DEL PESO. Dieciseis Lecciones...ob.cit.págs. 74-75) Por lo demás, conviene volver a resaltar la posible relevancia que como instrumento de interpretación extensiva absorbente o atrayente de otros supuestos, pueda tener la expresión del art.25.Tres.D) DLR:deber de carácter público y "personal".

- (2) En este sentido FABRICIUS. Die Leistungsstörungen... ob.cit.pág.108; LOTMAR. Das Arbeitsvertrag.cit.II. - pág.181; M.LOEWISCH AcP cit.págs.448 y ss.

A. Negligencia y causa de justificación de la conducta.

Si se entra ya en el juicio de valoración de la negligencia del trabajador en estos supuestos en los que se manifiesta el cumplimiento de deberes de más

alto valor, se ve que estos reflejan sin duda un impedimento no exentos sin embargo de una cierta relatividad: en este sentido, le sería en efecto posible al trabajador cumplir con sus deberes laborales, -- cuando a su vez tuviese no obstante que infringir o violar otros deberes, incluso de consecuencias jurídicas más graves (1).

Se puede así pensar que surge en estos supuestos la inexigibilidad al trabajador de la observancia de -- otra conducta (2) con motivo de la ponderación de -- los deberes laborales con otros de mayor rango o valor, debiendo en consecuencia el trabajador atender en primer lugar al cumplimiento de estos últimos, -- surgiendo de esta manera una causa de justificación en la actuación del trabajador, que no toma parte -- en su trabajo, cuando los intereses en colisión representan la protección de un bien jurídico superior (3) (4).

Una argumentación semejante no ayuda sin embargo por sí sola y con carácter general a la determinación de la diligencia exigible en cada caso concreto, por -- cuanto la mera afirmación de la exigibilidad de otra conducta (la de cumplir el trabajador con sus deberes laborales), o, si se quiere, su justificación de no haberla podido observar (5), podría ya borrar o -- cuando menos perjudicar o debilitar la posibilidad de enjuiciar la aparición de una eventual negligencia en el comportamiento del trabajador (6). Tal posibilidad de juicio no debe verse sino en la propia naturaleza y características de la colisión producida entre el deber de ejecutar la prestación y el propio que hace referencia a un bien jurídico superior.

En la práctica aparecen estos dos deberes interfi--
riéndose mutuamente en cuanto al momento de su rea--
lización, de manera que el trabajador puede cumplir
uno u otro, no sin embargo los dos al mismo tiempo
(7). Bajo tal perspectiva -aún existiendo una causa
de justificación de la conducta por la primacía de
un deber sobre el otro-, puede y debe hacerse depen--
diente el juicio de la posible negligencia en la ac--
tuación del trabajador, de si a este la hubiera sido
posible el haber evitado o prevenido la colisión de
ambos deberes (8). Siendo efectivamente así, aún dán--
dose de hecho la inexigibilidad de otra conducta, --
surgiría sin embargo la negligencia, por cuanto el -
trabajador pudo evitar tal incompatibilidad y sin em--
bargo no lo hizo, por lo que la colisión de deberes
y la consiguiente inexigibilidad de otra conducta que
esta ha provocado, ha de verse causada negligentemen--
te.

La diligencia del trabajador debe estar por consi--
guiente dirigida, no sólo a una ponderación razona--
ble de si el ejercicio del deber distinto al propio
de prestar el trabajo prometido tiene efectivamente
carácter superior, sino también a evitar o prevenir
la posible colisión temporal de estos dos deberes, lo
que lleva asimismo a ponderar siempre si el trabaja--
dor pudo o tuvo oportunidad razonable de cumplir - -
aquel otro deber jurídico fuera del tiempo de traba--
jo (9) (10).

(1) Piénsese por ejemplo en el caso del trabajador, que
yendo de camino a su trabajo se encuentra con un acci

-831-

dentado viéndose obligado a socorrerle. En tal supuesto no viene sólo justificada su conducta así como los posibles efectos de la misma (llegó con retraso a su trabajo, o incluso no se presentó) desde el punto de vista moral, sino incluso desde el punto de vista jurídico (caso de no atender el trabajador al accidentado podría verse incurso en el delito de omisión del deber de socorro).

(2) v.ESSER (JZ 1963 pág.491).

(3) Así FABRICIUS ob.cit.pág.108.

(4) En el sentido expuesto haya de ser probablemente vista e interpretada la "inexcusabilidad" a que se refiere nuestro ordenamiento jurídico laboral para el cumplimiento de un deber de carácter público y personal, (v.arts.67.2 LCT, y art.25.Tres. d) LRL. Una tal inexcusabilidad, vendría así a impedir, el dejar el cumplimiento de este deber a la sola decisión unilateral del trabajador. En este sentido C.DEL PESO.ob.cit.pág.73). Bajo tales consideraciones el juicio de valoración de la negligencia se puede hacer depender en gran medida de la verdadera naturaleza "inexcusable" del deber que ha de ser atendido y cumplido, con otras palabras, de si un deber tal, puede o debe ser considerado de rango superior al propio de ejecutar en el tiempo debido la prestación de trabajo.

(5) Precisamente por el carácter de inexcusabilidad en el cumplimiento del otro deber.

(6) Así FABRICIUS ob.cit.pág.110 v.también LOTMAR ob.cit. II.pág.181.

(7) Una breve referencia se hace necesaria el ejercicio de actividades de carácter público. El desempeño de -

un cargo público puede determinar en atención a su propia naturaleza el impedimento de ejercer cualquier otra actividad profesional que no sea la correspondiente al propio cargo. Tales supuestos de incompatibilidad "legal" entre el ejercicio de un cargo público y la continuación del desarrollo de la prestación de trabajo, tienen obviamente el carácter de ausencia "justificada", o, "motivada" por utilizar la expresión del art.79.2. LCT. Dudoso se hace sin embargo saber - con precisión (salvo en supuestos evidentes, como lo sería en el caso de la prestación del servicio militar, lo que supondría una incompatibilidad material - de carácter absoluto), si aquella ausencia se considera también motivada o justificada, cuando el impedimento surge a causa de la mera imposibilidad fáctica de realizar dos actividades al mismo tiempo (incompatibilidad material relativa), no siendo el desempeño del cargo público de carácter obligatorio y decidiéndose el trabajador por el ejercicio de este último y no por la continuación de la prestación de trabajo. Imposible es dar una regla de aplicación de carácter general válido. En todo caso habrá que atender para cada supuesto en particular al grado de renunciabilidad u obligatoriedad "moral" o "social" que el cargo conlleva (sobre las posiciones doctrinales al respecto v. por todos VIDA SORIA págs.299-300, así como la bibliografía que allí recoge el autor.)

- (8) En este sentido v. también M.LOEWISCH.AcP cit.págs. 435, 448 y ss.
- (9) v.STEINWEDEL cit.pág.1481.
- (10) Todo lo que se hace depender de las particulares circunstancias del caso concreto. No obstante como idea general de aplicación a modo de orientación está la conducta que puede ser esperada de manera normal y - razonable por el tráfico jurídico. En este sentido se ha dudado (v.HUECK AP Nr.30 sobre el parágrafo 616 BGB) de los razonamientos del BAG que en st.16.12.1960 (DB 1961 pág.242), estimó la conexión como negligente en el supuesto siguiente: El trabajador recibió una notificación de las autoridades de tráfico para que lleve se su moto a revisión (revisión de carácter obligato-

rio en Alemania cada cierto tiempo para todo vehículo de motor: TUEV); haciéndolo así el trabajador, y faltando en consecuencia un día al trabajo, día que sería abonado en base al convenio colectivo, cuando se produjesen citaciones de tribunales o autoridades semejantes y la presencia personal del trabajador se hiciese necesaria. Se interpretó por el alto tribunal federal tal norma pactada en el sentido de que la notificación encerraba en realidad no una citación directa en la persona del trabajador, sino simplemente en poner el vehículo a disposición de las autoridades para su revisión. El reproche a la conducta del trabajador la fundamentó el tribunal en base a que el -trabajador pudo haber confiado el vehículo a otra persona para que la llevase a revisión, o bien le hubiese sido posible posponer el plazo en que el vehículo tenía que ser revisado para otro día en que el trabajador hubiese podido llevarlo a reparación sin que -por ello se ocasionara un pérdida de trabajo. Difícil que un supuesto tal o semejante, (piénsese por ejem-plo en la personación del trabajador ante las autoridades de policía para la renovación del carnet de --identidad, o para cumplir con cualquier diligencia -administrativa a requerimiento de la autoridad), no puedan verse reconducidos a la noción legal de la --"inexcusabilidad" de los arts.67.2 LCT y 25.T.d) LRL, tanto más cuanto que de ordinario el tiempo hábil para cumplir tal clase de deberes, coincide asimismo -con aquel otro en el que se ha de desarrollar la prestación de trabajo.

B. La relevancia del interés privado o personal del tra-
bajador.

Bajo perspectivas semejantes a las anteriormente ex--puestas deben considerarse probablemente aquellos su-puestos en los que existiendo efectivamente una col-i-sión, se presenta sin embargo no entre dos deberes jurídicos, sino simplemente entre el deber de cumplir -la prestación de trabajo y la salvaguardia de aquellos intereses pertenecientes a la esfera privada del tra-bajador que, y a diferencia además de los supuestos -

anteriormente examinados, pueden o no tener primacía sobre los deberes laborales según las circunstancias en las que una tal situación se presente. Así, ocurriendo de la primera forma (1) puede el trabajador no obstante obrar negligentemente, cuando de manera razonable hubiese podido prevenir o evitar la colisión de los mismos, impidiendo así el que su prestación de trabajo no se pudiese llevar a cabo (2).

- (1) Mayor dificultad incluso que en los casos de colisión de deberes, existe en los ahora examinados en el sentido de poder determinar, cuando los intereses privados del trabajador están por encima del interés del empresario de exigir la prestación. Sin duda, habrá de estarse al caso concreto, debiéndose estimarse y valorarse notas tales como la gravedad, urgencia del caso, etc.
- (2) Ejemplo claro a este respecto lo proporciona el BAG en st.25.4.1960 (en DB 1960 pág.699). Aún admitiendo el Tribunal Federal del Trabajo alemán que la mudanza de domicilio del trabajador pueda constituir causa que justifique la falta al trabajo, la negó sin embargo en el supuesto que dió motivo a esta sentencia considerando negligente el comportamiento del trabajador, pues a juicio del tribunal, le hubiere sido posible a este, y por tanto exigible, realizar la mudanza el sábado, que era día libre de trabajo, así como reclamar para tal fin la ayuda de sus tres hijos. Por otra parte hubiera podido incluso alquilar un camión de mudanzas, con lo que el trabajador no hubiese necesitado tanto tiempo para la realización de aquella como de hecho necesitó, pudiendo además costear tal transporte por cuanto que cuatro miembros de la familia trabajaban, con lo que los ingresos familiares no podían de todas formas ser pequeños. De resaltar es la idea de la evitabilidad y previsibilidad como fundamento de la negligencia, así como la referencia implícita del tribunal a la posición económico-social del trababa

jador como criterio conformador de su diligencia, según se vió (en pág.575). Bien que la LRL concede el derecho al trabajador de ausentarse de su trabajo, -- "durante un día por traslado de su domicilio habitual" (art.25.tres.c)), no resta esto valor al supuesto recogido de la jurisprudencia alemana, no sólo por la confirmación de la mecánica de la valoración de la negligencia que se viene aquí refiriendo, sino también por los propios presupuestos de hecho del caso (piénsese por ejemplo que el trabajador empleó dos o tres días en el traslado por hacerse necesaria su presencia y ayuda a causa de la situación económica o familiar, o a causa de la urgencia o gravedad, por ejemplo por desahucio, etc.). Por otra parte argumentaciones semejantes se podrían construir respecto a otros supuestos. Así por ejemplo el trabajador que teniendo necesariamente que visitar al médico, lo hace durante el tiempo de trabajo, pudiendo haber concertado sin dificultad la visita fuera del tiempo de la jornada de trabajo (v.HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.333).

4. Conducta del trabajador con posterioridad al hecho -- causante del impedimento. El deber de comunicación.

La negligencia del trabajador en base al comportamiento observado en su esfera privada, puede venir originada atendiendo, no ya a la propia actuación determinante del impedimento de poder realizar posteriormente la prestación (1), sino y en primer término, a la conducta seguida por el trabajador con posterioridad al nacimiento de aquel (2).

Así, el trabajador que sufre de cualquier tipo de lesión o trastorno en su tiempo libre no imputable ni atribuible al mismo, puede no obstante comportarse negligentemente (3) si en el tiempo oportuno, no adopta aquellas medidas que razonablemente sean debidas en orden a la desaparición o cuando menos a una aminoración de los efectos nacidos del impedimento: no va a

consultar al médico o desatiende los consejos de este, o, caso de enfermedad, retrasa o dificulta su recuperación, por observar una conducta descuidada o imprudente en atención a su estado, o no sigue correctamente el tratamiento médico, sin que sobre esto pueda apreciarse negativa fundada o razonable (4). Tales conductas pueden ser constitutivas de una desviación de la diligencia que de manera razonable puede ser esperada y exigible en el tráfico, porque el trabajador a través de su actuación o comportamiento personal, ha provocado la negligencia en las consecuencias de su impedimento, que de otra manera, o bien no hubiesen sido indiligentes, o bien no se hubieran incluso producido o prolongado. La diligencia debida por el trabajador en su esfera privada le obliga en suma no solo a que su conducta o actuación social no sea desde un principio descuidada o temeraria, sino también a que su comportamiento con posterioridad a la realización de una determinada actividad social que produce el impedimento de cumplir con posterioridad la prestación de trabajo, adolezca de ligereza o imprudencia (5):

Con mucho el supuesto más frecuente reflejo de un comportamiento negligente del trabajador con posterioridad al hecho impeditivo de poder cumplir la prestación, lo constituye la omisión de la comunicación por aquel a su empresario de la existencia de tal impedimento (o incluso, en supuestos especiales de la posibilidad de que aquel haga acto de aparición).

El deber de comunicación está contenido de forma expresa en los arts. 67 y 68 LCT (6) en relación con -

los supuestos que allí se mencionan, así como en el art.25.tres de la LRL para supuestos semejantes a - los anteriores, y otros que con carácter novedoso (7) se mencionan (8). Por el contrario, el art.79 LCT pa-
ra los supuestos en él contenidos, no comprende de ma-
nera expresa la exigencia de la comunicación de la --
ausencia por el trabajador al empresario. Su necesidad
es no obstante afirmada por la doctrina y jurisprudencia,
así como por la generalidad de las RNT, que -
suelen contener prescripciones a este respecto, comple-
mentarias de la normativa legal (9). Y no sólo esto,
sino que puede ser afirmado en general el alcance del
deber de comunicación para cualquier tipo de impedimen-
to de la clase que sea (10).

La omisión del deber de comunicación, puede convertir
la ausencia del trabajador en injustificada pudiendo
así proceder el despido del mismo no como una conse-
cuencia del propio impedimento, en sí no atribuible
al trabajador, sino por las reiteradas faltas de asis-
tencia al trabajo que de aquí se puedan derivar, que
al no comunicarse a la empresa se reputan como injus-
tificadas (11). Sin embargo, no toda omisión del de-
ber de comunicación -de primaria aparición en tales
supuestos- (12) debe o puede ser reputada sin más co-
mo negligente, sino solo cuando se lesiona, viola o
infringe aquello que de modo normal, habitual y razo-
nable pueda ser esperado en el tráfico, lo que se de-
duce del propio tenor con que se expresan los precep-
tos legales que hacen referencia al deber de comunica-
ción al hablar del aviso del trabajador con la "anti-
cipación" o "antelación" "posibles" (13). Cuando en -
atención al supuesto concreto surge una imposibilidad
o grave dificultad de poder comunicar al empresario -

el hecho impeditivo, desaparece o no llega a surgir la negligencia, quedando en consecuencia el trabajador exonerado de este deber (14).

Por otra parte y como regla general, basta la mera - comunicación o notificación por cualquier forma o me - dio idóneo posible al efecto (15), sin que de modo - ordinario parezcan exigirse ciertas formulaciones en cuanto a su sustanciación (16). No agota sin embargo en tales supuestos la diligencia debida del trabajador, el mero hecho de la comunicación del impedimento para realizar la prestación, sino que es además preciso que la misma haya de realizarse en el tiempo o momento oportuno. Cual haya de ser este, es característica no recogida en la ley, si bien suele venir - explicada en las RNT. Como regla general, y dada la relevancia de la notificación para evitar la calificación de "injustificada" a la ausencia al trabajo, debe indicarse que la misma debe hacerse lo más pron - to posible (17), es decir, sin tardanza o demora cul - posa, por lo que el trabajador ha de informar a su - empresario inmediatamente o en cuanto le sea posible, bien por si mismo, bien a través de un tercero (18).

De indicar es finalmente, que la mera comunicación - del hecho impeditivo (o del hecho causante de la fal - ta) es cosa en principio distinta a la justificación del mismo (19), tendente a comprobar la veracidad y - sustantividad de la notificación. Así, mediando efec - tivamente comunicación, puede sin embargo a posteriori venir la ausencia injustificada por no presentar - el trabajador medios o instrumentos que de alguna manera acrediten y a la vez justifiquen, el hecho impe - ditivo comunicado con anterioridad, lo que en supues-

tos de enfermedad por exigirse el parte médico, puede cobrar gran relevancia (20).

- (1) Obviamente la negligencia puede también tener lugar, cuando el hecho ocasionante de la falta no tenga verdaderamente carácter impeditivo, no obstante el trabajador se comporta como si efectivamente lo tuviera. En este sentido la STS 8 octubre 1962, declaró procedente el despido por ausencia injustificada porque - la enfermedad del trabajador determinante de un tratamiento de vigilancia de los síntomas y salud del - trabajador, era compatible con el cumplimiento de sus deberes laborales; lo que en definitiva guarda conexión con una cierta entidad del impedimento que debe producir la "incapacidad" de que habla el art.79 LCT.
- (2) Ciertamente la conducta del trabajador con posterioridad al hecho impeditivo, le obliga, una vez subsanado este -por ejemplo en caso de enfermedad cuando el trabajador es dado de alta- a incorporarse lo más pronto posible al trabajo, pudiendo el retraso, como señala DEL PESO, justificar el despido (ob.cit.págs.66,69 y 70).
- (3) Por supuesto también dolosamente, cuando el trabajador prolonga la causa y efectos del impedimento de manera intencionada o maliciosa (sobre la prolongación dolosa de la dolencia, v.VIDA SORIA.ob.cit.págs.109-110).
- (4) Procede el despido por falta injustificada de asistencia, cuando la actitud o conducta del trabajador, intentando demostrar que permanecía en situación de baja "choca con la realidad contrastada, la ausencia -- del domicilio y su asistencia a un baile en distintos días, sin que por el contrario se hubiese preocupado si realmente hubiera seguido enfermo y de baja, de obtener y presentar los correspondientes partes de confirmación... que necesariamente habrían de haber sido expedidos..." (STCT 14 mayo 1976; v.asimismo STCT 10 julio 1976). Caso también de despido por ausencia in-

justificada al trabajo aún mediando permiso de la - empresa, por conducta posterior negligente lo recoge la STCT 25 junio 1976).

La imposición al trabajador de seguir un tratamiento médico, puede lesionar los derechos relativos a la personalidad física o corporal del trabajador, en primer plano cuando el trabajador debe ser intervenido quirúrgicamente (v.B.CREMADES. La sanción...págs. 193-194). Un criterio general acertado de cuando la negativa del trabajador a recibir el tratamiento deba ser considerada negligente, es el contenido en la - - STCT 26 febrero 1976, donde se declara despido procedente de la trabajadora por faltas de asistencia al - trabajo injustificadas, "pues dentro del concepto de "tratamiento" ha de entenderse no sólo el medicamentoso sino el quirúrgico cuando el mismo es el cauce adecuado (no revistiendo gravedad la intervención según la propia sentencia) para procurar la recuperación de la salud dañada; por lo que no siendo fundada ni razonable la negativa de la recurrente a que se le - practicara la intervención quirúrgica-negativa que - también existe cuando se condiciona su realización a que lo sea en determinada localidad o centro sanitario alejado de los que con solvencia facultativa le corresponden habida cuenta de su residencia habitual...se desestima el recurso de suplicación a la actora sobre negativa razonable a seguir el tratamiento prescrito". Asimismo obra negligente el trabajador que - rechaza un tratamiento quirúrgico, sin que sea preciso pasar ya a juzgar sobre la razonabilidad o no de tal rechazo, cuando ya desde un principio no cumple - ni observa aquellas formalidades y requisitos que posibilitarían con posterioridad el estimar su negativa como razonable o no; pues "...conforme (al art.102 LSS) el beneficiario viene obligado a observar las prescripciones de los facultativos que le asistan, y de rechazar, como en este caso, la práctica de una operación quirúrgica, someterse a lo reglamentado por el art.17 del D.de 16 noviembre 1967...para conocer la opinión de la Entidad Gestora, Mutua Patronal o Empresa colaboradora y si estas no aceptaran aquella negativa, esperar las decisiones de las Comisiones Técnicas Calificadoras Provinciales, constituidas en Tribunales Médicos, y... estas formalidades no fueron observadas - por el recurrente (el trabajador), ignorándose por -- tanto, si era o no razonable su postura al oponerse - al tratamiento..." (STS 24 mayo 1977). La negativa a

tratamiento no le es sin embargo imputable al trabajador, cuando se genera en él un estado de desconfianza e inseguridad sobre los efectos del mismo, que, da das las circunstancias, pueda ser normalmente esperado que el trabajador no quiera someterse a aquel. Así es razonable el comportamiento del trabajador que rechaza el tratamiento médico propuesto, cuando diversos informes médicos discrepan sobre la utilidad o el resultado del mismo. (en este sentido v.la STCT 15 marzo 1975, y ALONSO OLEA. Instituciones...ob.cit.pág. 98).

- (5) v.E.FREY. RdA 1955 cit.pág.48. Obviamente la diligen cia debida por el trabajador durante el impedimento no sólo se extiende a lo que tiene conexión directa con el mismo, sino que también se extiende genéricamente a evitar cualquier actuación o conducta no acorde con el espíritu o contenido del contrato de trabajo. Así, durante el impedimento, puede ser el trabajador despedido por fraude, deslealtad o abuso de confianza (STCT 6 julio 1976), o por hacer negociaciones de comercio o industria sin permiso del empresario -- (STCT 15 junio 1976).
- (6) "El trabajador, avisando con la posible anticipación, podrá faltar al trabajo..." (art.67). "En caso de enfermedad justificada, con aviso al empresario..." -- (art.68).
- (7) Esto entendido, sin perjuicio de que con anterioridad a la LRL, viniesen recogidos los mismos en convenios colectivos o RNT.
- (8) "El trabajador avisando con la posible antelación... podrá faltar o ausentarse del trabajo con derecho a remuneración...".
- (9) En este sentido v.VIDA SORIA (ob.cit.págs.122 y ss. y 305 y ss., así como los ejemplos que recoge sobre la

normativa subsidiaria contenida en la RNT), quien se ñala que la posibilidad de aplicación analógica de - lo previsto en el art.68 LCT para el silencio legal establecido en el art.79 LCT, si bien añade, no se - necesita, "porque la exigencia de la notificación es algo que se impone por el mismo concepto de la sus-- pensión, y que de hecho se ha impuesto en todos los órdenes..." (pág.122, v.también MONTOYA MELGAR. La - extinción...ob.cit.pág.77).

- (10) "Siendo obligado razonar que si, como es sabido, al operario enfermo se le exige al menos la notificación a la empresa de la enfermedad impositiva del trabajo... de tal manera que omitir la noticia le impide la posterior defensa, con mayor razón ha de seguirse tal -- criterio con quien es causa voluntaria del origen del impedimento laboral al ser procesado por homicidio..." (STCT 15 febrero 1977; en sentido semejante la STS 7 octubre 1976, que recoge doctrina general de sentencias anteriores). La legislación alemana, que desde un pla no general, no contiene en su normativa de manera expresa la exigencia de un deber tal de conducta en el trabajador, encuentra sin embargo el fundamento primario de su exigibilidad jurídica en el principio de la buena fe, reflejo del deber de fidelidad del trabajador (así HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.338; NIKISCH - ob.cit.I.pág.621; STEINWEDEL cit.pág.1481; HACKER, - quien no obstante indica su no exigibilidad, cuando el trabajador venga exonerado de una tal comunicación por acuerdo individual o colectivo (ob.cit.pág.108).
- (11) v.MONTOYA MELGAR ob.cit.págs.78 y 114; CREMADES ob.- cit.pág.190; VIDA SORIA ob.cit.págs.123-124. "Es esta falta de justificación la que se sanciona en el - ap. a)... (y no el hecho de que las faltas sean vo-- luntarias), pues conocida y reiterada es la jurisprudencia del Tribunal Supremo...en el sentido de que - las faltas de asistencia no pueden aparecer justificadas solamente por la existencia de un proceso de en-- fermedad, ya que se hace necesario el efecto de tal - justificación que la empresa conozca la situación del trabajador, para atender a su sustitución en el tra-- bajo como se razona en...las sentencias de 28 mayo - 1973...28 junio 1974...y 5 julio del mismo año...". (STCT 11 febrero 1976; v.no obstante la STCT 18 no--

viembre 1954 que recoge VIDA SORIA, ob.cit.pág.123). Es jurisprudencia reiterada que "aún en el supuesto de ser cierta la enfermedad del operario, si esta no se pone en conocimiento de la empresa..., es indudable que las faltas de trabajo quedan sin justificar" (STCT 8 enero 1976. En términos semejantes se expresa la STCT 13 octubre 1976; 3 febrero 1977; 25 abril 1977; v.también las STCT 6 octubre y 25 noviembre -- 1976, 15 febrero 1977).

- . (12) Hasta el punto de que cualquier conducta posterior - del trabajador puede quedar sin efecto en su favor. "Aún siendo cierta la enfermedad del trabajador si - esta no se pone en conocimiento de la empresa a su - debido tiempo, las faltas al trabajo quedan sin justificar... sin que puedan posteriormente convalidarse con la extemporánea presentación de un parte médico y los certificados de baja". (STCT 13 octubre 1976; v.asimismo STCT 11 febrero 1976).

(13) Arts.67 LCT y 25.Tres.LRL.

- (14) Así MONTOYA MELGAR (ob.cit.pág.114), quien recoge los términos claros en que se expresa la STS 3 octubre - 1946: "para que la enfermedad sea causa bastante para eximir al trabajador de su asistencia al trabajo, es necesario que oportunamente lo ponga en conocimiento del patrono, si puede hacerlo y no se ha justificado que estuviese imposibilitado de participar su baja" (v. también HACKER ob.cit.pág.108).

- (15) En este sentido VIDA SORIA: "el trabajador cumple comunicando su nueva situación que justifica la ausencia" (ob.cit.pág.124). No infringe el deber de comunicación, cuando el trabajador impedido, avisó a la vecina comunicándole su estado, y esta a su vez al portero de la empresa (v.STCT 27 octubre 1976).

- (16) Así VIDA SORIA (ob.cit.págs.124, 305-306, quien no obstante indica la posibilidad de que las RNT establezcan determinadas exigencias y particularidades a este respecto).
- (17) Así HUECK/NIPPERDEY ob.cit.I.pág.338; NIKISCH ob.cit.I.pág.621. VIDA SORIA indica que los primeros momentos de esa ausencia serán los oportunos para la noticia" (ob.cit.pág. 125). HACKER, refiriéndose al supuesto de enfermedad, señala que el trabajador por regla general tiene que comunicar su enfermedad ya en el primer día de su falta al trabajo, a lo más tardar, en el segundo día. Solamente cuando el trabajador, por motivos fundados, no puede comunicar antes su incapacidad, puede ser todavía reconocida una comunicación posterior (ob.cit.pág.108).
- (18) Así GROSSMANN/SCHNEIDER ob.cit.pág.89 (v.asimismo la sentencia mencionada en la cita nr.quince de la página 643).
- (19) En este sentido v.las STS 28 abril 1975 y 15 febrero 1977.
- (20) v.STS 20 enero 1976. Numerosa jurisprudencia se ha manifestado sobre los efectos de que se cumpla o no el plazo de presentación de los partes de baja de la SS. En este sentido es de destacar la STCT 14 enero 1977: el plazo de presentación es "...regla general y no absoluta, admite se contemplen excepciones derivadas de situaciones particulares en las que acreditada la existencia de la enfermedad junto al aviso correspondiente a la empresa, cual aconteció...no puede menos de ser tenida por justificada la ausencia...porque la causa exculpatoria de la prestación de trabajo es la enfermedad no el parte de baja que sólo es el elemento demostrativo de su existencia, pero que cuando aquella aparece realmente demostrada...necesariamente ha de ser contemplada como causa de disculpa de asistir al lugar de trabajo..." (v.también STCT 14 mayo y 2 diciembre 1975; 2 octubre 1976).

6. CONCLUSIONES.

1. La amplia y compleja noción de la diligencia, hace, no ya meramente aconsejable, sino de todo punto necesario, el contemplarla bajo distintos ángulos que tratan de agotar las diversas manifestaciones jurídicas que la diligencia, como noción unitaria, conlleva en la esfera del trabajador: como elemento componente y modalizante del deber de trabajar y realizar la prestación asumida; como manifestación de aquella conducta o actuación observada por el trabajador al tiempo de la contratación; como aquella intensidad, celeridad y -- eficacia observada en la ejecución del trabajo; como previsión, prudencia y cuidado en orden a prevenir o evitar, fallos, faltas o descuidos productores de resultados dañosos; y como reflejo de la conducta o comportamiento del trabajador en su esfera privada, integrante de su diligencia debida contractual.

2. La diligencia no constituye obligación principal ni secundaria, ni tiene tampoco un contenido propio -- aislado o independiente frente a la obligación asumida. No es un deber independiente de la obligación de trabajar, sino indisoluble con este. El deber de trabajar es el deber de hacerlo contractualmente diligente. No hay así en puridad un "deber" de diligencia con verdadera relevancia jurídica, sino más bien una diligencia "debida", por cuanto el problema central de la diligencia se ha revelado como aquel tendente a determinar el alcance y los límites de lo "exigible" como "debido" al trabajador.

3. La característica de ser el trabajo "humano" ha dado lugar en el ámbito de la relación de trabajo a una estrecha conexión entre actividad personal del trabajador y prestación debida ignorada con la misma fuerza en otros campos jurídicos. La diligencia observada por el trabajador influye de manera directa sobre la cantidad y calidad de su trabajo, así como sobre el resultado global del mismo, suavizando de esta manera la conflictividad existente entre actividad y resultado, extremos estos no susceptibles en la relación de trabajo de separación o diferenciación nítida.

4. El trabajador no debe una prestación reflejo de un resultado, ni simplemente su actividad diligente, sino que debe en efecto una determinada prestación en la medida en que esta se resulte de la diligencia por él debida y a él exigible. Si el resultado aisladamente considerado puede alcanzar mayor relevancia jurídica que aquel otro derivado de la actividad exigible al trabajador, es un problema a resolver en atención al contenido obligacional del contrato asumido por aquel. No mediando su negligencia al tiempo de la contratación, es de indicar que la cuestión de si el cumplimiento de la prestación puede ser llevado a cabo con el empleo de la diligencia debida, no es otra que la propia de si la obligación del trabajador a la realización o desarrollo de la prestación en un grado que excede del de su diligencia está o no justificada, ha nacido o no, y por lo tanto es o no de exigir.

5. Debe así el trabajador aquello que pueda efectivamente realizar con el empleo de la diligencia contractual debida. El propio contrato de trabajo se constituye en criterio principal de determinación de la diligencia, lo que lleva ya a afirmar que esta no es en puridad ni subjetiva ni objetiva, sino contractual. - Subjetividad y objetividad en la diligencia vienen por lo tanto exigidas y debidas en los términos que de manera equitativa y razonable de aquel se deriven. Su - plasmación y aplicación material para el trabajador - se sustancia a través de una formulación de la medida exigible de la diligencia que con carácter general -- opera en todos los ámbitos en que se manifiesta: aquella que se puede exigir y esperar de un trabajador o trabajadores, en igual o semejante trabajo y circunstancias y de aptitudes y capacidades similares.

6. La ineptitud originaria o sobrevenida determinante del cumplimiento defectuoso de la prestación no está exenta de venir ocasionada por actuación negligente -- del trabajador, debiendo así este responder de la diferencia entre trabajo "ejecutado" y trabajo realmente "prometido".

7. En la originaria, por lesión del trabajador en el exámen de sus fuerzas y capacidad de trabajo, así como en sus deberes de omisión, declaración y manifestación, de aquella diligencia que puede ser razonablemente esperada al tiempo de la contratación de un trabajador de aptitudes y peculiaridades semejantes que asume un trabajo igual o similar. Se está por lo tanto ante una mera asunción inicial de la culpabilidad

no sin embargo ante la propia de una garantía contractual en sentido estricto, que asegure el éxito prestacional del trabajador.

8. En la sobrevenida, por falta de previsibilidad o inevitabilidad imputable al trabajador, así como por su propia toma de posición o actitud, bien porque no la pone en conocimiento del empresario pudiendo haberlo hecho, o bien porque aquella ha sido ocasionada directamente por su comportamiento reprochable reflejo de su desidia y falta de interés.

La ineptitud sobrevenida, que se ha calificado de ficticia o impropia, debe reputarse siempre nacida de la inobservancia de la diligencia debida, pues en puridad no refleja ineptitud alguna, sino por contra una verdadera negligencia inexcusable que pone de relieve la falta de normativa jurídica adecuada aplicable a estos supuestos que por lo mismo han sido erróneamente reconducidos, bien a la esfera de la ineptitud, bien a la propia de la disminución voluntaria del rendimiento.

9. La diligencia del trabajador a prueba adquiere con notaciones especiales que la diferencian de aquella exigible en una relación de trabajo definitivo. En el período de prueba se caracteriza por una cierta amonación en lo objetivamente debido, así como por un reforzamiento de la conducta personal exigible al trabajador. Se constituye por lo demás en criterio útil para procurar una solución intermedia de carácter con

ciliador entre la afirmación de una causalidad estricta en el despido del trabajador a prueba, y aquella otra que por contra preconiza el que el mismo pueda producirse con entera libertad.

10. El tiempo de trabajo proporciona el marca espa--cial-temporal en el que la diligencia encuentra su proyección material. La consideración de la relación de trabajo como una de tracto sucesivo, así como la propia duración, configuración y modalidad de la jor-nada de trabajo, repercuten de forma altamente apreciable en la intensidad, esfuerzo y predisposición del trabajador para la realización de su trabajo.

11. La diligencia debida en trabajos remunerados a --tiempo, no queda a la libre decisión y arbitrio del trabajador. La propia función del salario exige una concretización del deber de trabajar, no sólo configurándolo en su proyección temporal, sino también reclamando del trabajador una cierta intensidad que haga efectivo aquel como salario a tiempo "diligentemente trabajado".

12. La intensidad exigible no alcanza la puesta al completo por el trabajador de "sus" fuerzas físicas y mentales, sino sólo al adecuado empleo de las mismas durante todo el tiempo de trabajo sin más interrupciones que las legales, las acordadas o las usuales. De tener en cuenta son las oscilaciones o fluctuaciones en la capacidad productiva del trabajador que determinan el hecho de que su rendimiento quede pasajeramente por debajo de aquel exigible objetivamente con carácter general, así como el exigir del mismo el empleo de su personal aptitud y capacidad cuando bajo una interpre

tación del contrato conforme a la buena fe, así puede deducirse en atención a la manifestación concreta de la diligencia, al campo de acción que se le otorgue a la libertad contractual del empresario, así como al propio que se le concede en el plano salarial a la justificación de un tratamiento desigual a los desiguales.

13. En términos semejantes a los espuestos se sustancia la diligencia del trabajador en trabajos remunerados a rendimiento, lo que consecuentemente significa afirmar que el rendimiento normal, inicial o "de partida", únicamente marca la frontera de la aptitud mínima exigible al trabajador. Este viene obligado contractualmente a mantener y no disminuir aquel rendimiento habitual superior al inicial o de partida cuando efectivamente sea capaz de mantenerlo con el adecuado empleo de sus aptitudes y facultades sin daño a su salud, estando el incentivo salarial en consonancia y proporción con el esfuerzo exigido conservando así el trabajador su predisposición inicial, y cuando no se perjudique o coarte de manera inequitativa e injusta la protección a la libertad y el desarrollo de su personalidad en su esfera privada.

14. La propia existencia de las primas como estímulo a una mejor diligencia del trabajador, revela la inexistencia de un perfeccionamiento abstracto-absoluto en la ejecución de un determinado trabajo. Ejecuciones defectuosas de la prestación pueden producirse aún habiendo obrado el trabajador diligentemente, lo que precisamente tiende a evitar la implantación de un sistema de incentivos. Este, debe ser establecido y configurado de tal modo que el estímulo a la diligencia del

trabajador en un determinado ámbito de la prestación no lleve a un defecto de la misma en otro tanto o -- más importante que aquel.

15. Como principio de aplicación de carácter general debe afirmarse que no son constitutivos de negligencia aquellos descuidos o fallos que toda ejecución de una prestación conlleva, que, y en atención al carácter de tracto sucesivo de la misma, pueden producirse con tal probabilidad que incluso al trabajador diligente pueden pasarle desapercibidos y que en base a la -- imperfección o deficiencia humana la experiencia muestra de ocurrencia típica en la realización o desarrollo de una actividad.

16. La distinción entre trabajos propensos o no al -- riesgo o a la deficiencia carece de relevancia a efectos de determinación de la diligencia exigible porque cada actividad en concreto inmersa en el tráfico jurídico laboral conlleva un riesgo específico de producción de fallos, errores o descuidos que la diferencia de las restantes, todo lo que determina que la diligencia debida sea "distinta" según la propia actividad laboral que se realice, y no "mayor" o "menor" por comparación las unas con las otras.

17. La inobservancia de la diligencia debida deja ya abierta la posibilidad a la exigencia de responsabilidad al trabajador, sin que esta se haga por lo tanto depender del calificativo de grave a su comportamiento negligente. El grado de culpabilidad no se erige -- en criterio determinante de la existencia o no de la

responsabilidad, sino en todo caso de su extensión o cuantía como componente de una valoración global que atiende a otras circunstancias.

18. El juicio de valoración de la negligencia en su esfera privada o extralaboral está estrechamente conexionado con la afirmación del deber de mantener su capacidad productiva, y en consecuencia su salud y - fuerza de trabajo en orden a posibilitar el cumplimiento futuro de la prestación en el tiempo debido. Tal deber no posee sin embargo una extensión ilimitada, sino sólo aquella que conforme a una interpretación razonable del contrato según la buena fe, resulta adecuada en orden a garantizar el desarrollo de la - personalidad del trabajador en su esfera privada.

19. Diligencia a observar con carácter genera, es aquella que puede ser esperada y exigida de modo razonable del individuo como miembro integrante de la sociedad. Esto incluye todo riesgo producido por el desarrollo normal, natural y usual de la vida en comunidad. Junto a este punto de partida adquieren concreta relevancia, modificando o conformando aquella de carácter general, el contenido obligacional asumido expresa o tácitamente en el contrato, índole del trabajo a prestar y consideración a la propia personalidad del trabajador.

20. Sobre estas bases y presupuestos se debe perseguir en lo posible para la esfera privada del trabajador un tratamiento de la diligencia en cada supuesto en concreto, que a través de la valoración individual de las

circunstancias de cada caso, pueda conseguir una apli
cación más estricta e idónea de objetivos de equidad
frente a la propia de los principios normativos gene
rales tendentes a la fijación de una disciplina igual
para todos los trabajadores.

BIBLIOGRAFIA

- ACHTERBERG N. -Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit. AcP (164) - 1964.
- ALBIOL MONTESINOS y otros -Nueva Regulación de las Relaciones de Trabajo. Valencia 1977
- ALONSO GARCIA -La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Barcelona 1958.
- Curso de Derecho del Trabajo. 3 edic. Barcelona 1971.
- ALONSO OLEA -El Despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Madrid 1958.
- La Empresa desde el punto de vista social. En La Empresa. Madrid 1962.
- El despido disciplinario, su carácter causal. En Dieciseis Lecciones sobre causas de despido. Universidad de Madrid - 1969.
- Consideración general sobre las clasificaciones del salario. En Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases. Universidad de Madrid 1971.
- Derecho del Trabajo. 3 edic. Madrid 1974.
- Introducción al Derecho del Trabajo. 1 y 3 edic. Madrid 1963/1974.
- Derecho del Trabajo. Apéndice a la cuarta edición. (Reimpresión) Madrid 1977.
- Instituciones de Seguridad Social. 6 edic. Madrid 1977.

- ANDRESSEN H. -Rechtsfragen zur schadensgeneigten Arbeit für die betriebliche Praxis. BB 1962.
- APARICIO TOVAR -Contrato de trabajo en prácticas y formación profesional permanente. En Dieciseis Lecciones sobre la ley de Relaciones Laborales. Universidad de Madrid 1977.
- ARANGIO RUIZ -Responsabilità contrattuale in Diritto Romano. 2 edic. Napoli 1958.
- BAIERL -Produktivitätssteigerung durch Lohnanreizsysteme. 3 edic. München 1962.
- BALLERSTEDT K. -Arbeitskraft und Handlungsbegriff. JZ - 1953.
- Zur Lehre vom Gattungskauf. Festchrift für Nipperdey 1955.
- Comentario sobre Nikisch A. Arbeitsrecht. I. 3 edic. JZ 1963.
- BARASSI L. -La Teoria generale delle obbligazioni: L'attuazione. III. 2 edic. Milano 1964.
- BAYON CHACON -La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. (Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho Histórico Español). Madrid 1955.
- La nueva regulación de los salarios en España. Madrid 1961.

- BAYON CHACON
- Introducción sobre el salario y sus --
problemas. En Dieciseis Lecciones sobre
salarios y sus clases. Universidad de -
Madrid 1971.
- BAYON CHACON/PEREZ BQ
TIJA
- Manual de Derecho del Trabajo. I, II.
10 edic. Madrid 1977.
- BECKER-SCHAFFNER
- Der Begriff der Gefahrgeneigten Arbeit.
BB 1967.
- Der Begriff der Fahrlässigkeit im - - -
Arbeitsverhältnis. DB 1970.
- BELOW K-H.
- Die Mangelhafte Arbeitsleistung im In-
nenverhältnis zwischen Arbeitgeber und
Arbeitnehmer. Festschrift für H. Lehmann.
II. 1956.
- BELTRAN DE HEREDIA
- El cumplimiento de las obligaciones. Ma-
drid 1956.
- BELLOMO M.
- Diligenza. Diritto Intermedio. Enciclo-
pedia del Diritto. XII. Delitto-Diritto.
Milano.
- BERNHARD W.
- Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur
Aushilfe mit Vertragsmuster. 3 edic. -
1965.
- BETTI E.
- Istituzioni di Diritto Romano I, II. Pa-
dova 1960-1962.
- Teoría general de las obligaciones. I.
Madrid 1969.

- | | |
|------------------|---|
| BEUTHIEN V. | -Das Nachleisten versäumter Arbeit. -
(Zum Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht). RdA 1972. |
| | -Lohnminderung bei Schlechtarbeit oder
Arbeitsunlust. ZFA 1972. |
| BEUTHIEN/HAUESER | -Der geschädigte Arbeitgeber. JUS.1971 |
| BINDING K. | -Die Normen und ihre Uebertretung II.
Leipzig 1877. |
| BIONDI | -"Actiones stricti iuris". BIDR 32, -
1922. |
| BLANCO RODRIGUEZ | -El delito laboral como justa causa de
despido. RDT nr.7-8. Madrid 1957. |
| | -La consideraciòn igual de los iguales.
RPS nr.74. 1967. |
| BOBROWSKI/GAUL | -Das Arbeitsrecht im Betrieb. 6 edic.
1970. |
| BOEHRS H. | -Lesitungslohn. Wiesbaden 1959. |
| BOERGEN R. | -Der personale Geltungsbereich der --
arbeitsrechtlichen Haftungsgrenze.--
MDR 1971. |
| BORRAJO DACRUZ | -El abuso de derecho en el contrato de
trabajo. RDT.nr.1.1954. |

- BORRAJO DACRUZ -Configuraciòn jurídica del salario.
RPS nr.50. 1961.
- Introducciòn al Derecho Español del
Trabajo. 2 edic. Madrid 1969.
- BRAMESFELD E.
y otros -Analyse und Bewertung von Angestell-
tentätigkeiten. Düsseldorf. 1953.
- BRANDENBURG H.F. -Die Haftung des Gesellschafters im -
Luftverkehr. JUS.1974.
- BRECHT A. -System der Vertragshaftung (Jher. -
Jahrb.53).
- BRODMANN -Ueber die Haftung für Fahrlässigkeit
insbesondere über die Haftung des --
Schiffers AcP 99.
- BROX H. -Grundbegriffe des Arbeitsrechts. 4 -
edic. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz.
1974.
- BUCKLAND -Diligens pater familias. Studi in ono
re di P.Bonfante.II. Pavia 1930.
- CABRERA BAZAN -La novaciòn ilícita del contrato de
trabajo. Sevilla 1963.
- CAEMERER (von) E. -Das deutsche Schuldrecht und die Rech-
tsvergleichung.NJW 1956.
- Die absoluten Rechte in Paragraph 823
Abs.1 BGB.Karlsruhe Forum 1961.

- CAMACHO -Sobre la "bona fides" en el Derecho Romano de obligaciones. Granada 1962.
- CANARIS C-W. -Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen. JZ 1965.
- Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in Fremdem Interesse. RdA.1966.
- CANCELLI F. -Diligenza Diritto romano. Enciclopedia del Diritto XII. Delitto-Diritto. Milano.
- CAPLOW T. -Sociología del Trabajo. Madrid 1958.
- CARRO IGELMO -Las causas justas de despido en la doctrina del TCT.RDT nr.10. 1955.
- El despido justo. Barcelona 1957.
- La suspensión del contrato de trabajo. Barcelona 1959.
- CASTAN TOBEÑAS -Derecho Civil Español Común y Foral. Derecho de Obligaciones. III. IV. Madrid 1967.
- CASTRO (de) -Derecho Civil de España. I. Madrid 1954/1955.
- CEREZO MIR -El "versari in re illicita" en el código penal español. ADP y Ciencias Penales 1962.

- CIAN G. - "Lata culpa dolo aequiparatur". Riv. dir.civ. IX.nr.2.1963.
- COLIN Y CAPITANT - Curso elemental de Derecho Civil.III. 2 edic. Madrid 1943.
- CORDOBA RODA/RQ - Comentarios al Còdigo Penal.I.Barcelo
DRIGUEZ MOURULLO na 1972.
- COSAK K. - Lehrbuch des deutschen bürgerlichen - Rechts. I. 5 edic. Jena 1909.
- COSSIO A. - La causalidad en la responsabilidad - civil. Estudio del Derecho Español.ADC 1966.
- CREMADES B. - El tratamiento igual en la Empresa. - RPS nr.83. 1969.
- La sanción disciplinaria en la empresa. Madrid 1969.
- El despido en España. Publicación de - la Conferencia pronunciada en la Facul tad de Derecho de la Universidad de -- Coimbra el 25 de abril de 1972.
- CROME K. - System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Tübingen/Leipzig 1902.
- DAEUBLER W. - Das Soziale Ideal des Bundesarbeitsger- richts. 2 edic. Frankfurt/Köln 1975.

- DENECKE -Die Frage der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers. RdA 1952.
- DENECKE/NEUMANN -Arbeitszeitordnung Kommentar. 8 edic. -- München 1973.
- DERNBURG H. -Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens. 3 - edic. Halle 1905.
- DERSCH -Arbeitnehmerhaftung bei gefahrbehafteter Arbeit. BB 1956.
- DEUTSCH E. -Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung. Köln 1963.
- Abschied von der culpa in concreto? BGH. VerR 1960, 802 und BGHZ 43, 313. JUS 1967.
- Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine - - Lehren. Göttingen 1976.
- Diccionario Enciclopèdico Labor. 1966
 Diccionario Enciclopèdico Salvat Universal. 1971.
 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 19 edic. 1970
- DIEGO (de) -Instituciones de Derecho Civil Español. II. Madrid 1930.
- DIEGUEZ CUERVO -Salario y rendimiento. RPS nr. 59. 1963.
- DIETRICH P. -Auftraglose Hilfeleistung in gefährlichen Situationen. JZ 1974.

DIETZ/GAUL/HILGER -Akkord und Prämie. 2 edic. Heidelberg
1967.

DIETZ/WIEDEMANN -Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages: Lohnminderung oder Schadensersatz ?. JUS 1961.

DIEZ PICCAZO -La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona 1963.

DIGESTO -Edición bilingüe. I, II, III. Madrid 1878.

DILCHER H. -Die Theorie der Leistungsstörungen - bei Glossatoren, Kommentatoren und - Kanonisten. Frankfurt 1960.

DOCKHORN R. -Die Schadensersatzansprüche bei Schlechtleistung oder Schlechttarbeit des Arbeitnehmers. AuR 1960.

D'ORS A. -Derecho Privado Romano. Pamplona 1968

DUNZ -Das verkehrsrichtige Verhalten. NJW 1960.

EBERHARD U. -Ueber Fehlzeiten im Betrieb. Eine Sammlung von Untersuchungsergebnissen und Erfahrungen. Köln/Opladen 1965.

Enciclopedia Universal Ilustrada, Espasa-Calpe. Madrid-Barcelona 1923

- ENDEMANN -Der vorbestrafte Arbeitnehmer. BB 1953.
- ENGELMANN W. -Die Schuldhere der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Leipzig 1895.
- ENGISCH -Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.
- ENNECERUS L. -Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Marburg 1928.
- Derecho Civil. Parte General. Barcelona 1953.
- ENNECERUS/LEHMANN -Recht der Schuldverhältnisse. 15 edic. Tübingen 1958.
- ERMANN W. -BGB Handkommentar. Münster 1975.
- ESSER J. -Arbeitskampf und Vertragstreue. JZ 1963.
- Schuldrecht. I. Karlsruhe 1970.
- EXNER F. -Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung. Leipzig/Wien 1910.
- FABRICIUS F. -Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis Tübingen 1970.

- FAGOAGA -La estabilidad en el empleo. La falta de rendimiento como causa de despido. RPS.nr.70. 1966.
- FAUTH W. -Arbeitszeitrecht. Heidelberg 1963.
- FERNANDEZ GONZALEZ -Salarios mixtos: incentivos y primas al rendimiento. En Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases. Universidad de Madrid 1971.
- FERNANDEZ MARCOS/PALOMEQUE LOPEZ -Salarios por unidad de obra; los destajos. En Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases. Universidad de Madrid 1971.
- FRANCISCI (de) -Sintesi Storica del diritto romano. Roma 1962.
- FRANKE -Die Verwicklung im Arbeitsrecht. JW 1937.
- FREY E. -Die Beschränkung der Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers. AuR 1953.
- Die Arbeitsrechtliche Beurteilung von Sportunfällen. RdA 1955.
- Allgemeines zur Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers bei Schlechterfüllung. BB 1959.
- Der Lohnanspruch bei schlechter Leistung des Arbeitnehmers. AuR 1959.

- | | |
|-------------------|--|
| FRIEDRICHS H. | -Fehlzeiten im Betrieb. Düsseldorf/
Wien 1962. |
| FORCHIELLI P. | -La colpa lievissima. Riv.dr.civ. IX.
nr.2 1963. |
| GALPERIN | -Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst. Düsseldorf 1960. |
| GAMILLSCHEG/HANAU | -Die Haftung des Arbeitnehmers. 2 edic.
Karlsruhe 1974. |
| GARCIA AMIGO | -Cláusulas limitativas de la Responsabilidad contractual. Madrid 1965. |
| GARCIA NINET | -Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias. Edersa 1977. |
| GAUL D. | -Zur Haftung des Arbeitnehmers bei --
schadensgeneiter Arbeit. Grundsätze --
der Arbeitsbewertung als Masstab einer
Haftungsminderung. DB 1958. |
| | -Die Haftung des Arbeitnehmers und des
Arbeitgebers in Fällen schadensgeneigter
Arbeit. DB 1962. |
| | -Die Haftung des Arbeitnehmers bei --
schadengeneigter Arbeit in Literatur
und Rechtsprechung. AuR 1964. |
| | -Die Arbeitsbewertung und ihre rechtliche
Bedeutung. 3 edic. Köln 1967. |
| GAILLEN G. | -Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht? JZ 1964. |

- GENKIN y otros -Lehrbuch des sowj. Zivilrechts. I.
Berlin. Deutcher Zentralverlag. 1950.
- GERICKE K. -Zur Lohnzahlungspflicht des Arbeitsge-
bers bei Sportunfällen. AuR 1959.
- GIBERT R. -El contrato de servicios en el Dere-
cho medieval español. RPS.nr.101.1974
- GIERKE (von) O. -Die Wurzeln des Diensvertrages. Fests-
chrift für Brunner. München/Leipzig
1914.
- Dauernde Schuldverhältnisse. Jher. - -
Jhrb. 64.
- GOMEZ DE LA SERNA -Curso histórico exegetico del Derecho
Romano Comparado con el Español. II.
Madrid 1850.
- GONZALEZ ENCABO -El fraude, la deslealtad o el abuso -
de confianza. En Dieciseis Lecciones
sobre causas de despido. Universidad
de Madrid 1969.
- Salario por unidad de tiempo: los jor-
nales. En Dieciseis Lecciones sobre sa-
larios y sus clases. Universidad de -
Madrid 1971.
- GONZALEZ MORALEJO -La Empresa en el pensamiento teològi-
co y en la doctrina pontificia. En La
Empresa. Madrid 1962.

- GROSSENS F. -Lohnsformen im Wandel. Mensch und Arbeit. Heft.7. 1952.
- GROSSMANN/SCHNEIDER. -Arbeitsrecht. Bonn 1971.
- GRUNSKY W. -Streik und Zurückbehaltungsrecht. - BAGE, 15, 174. JUS 1967.
- GUARINO -Diritto privato romano. II. Napoli 1963.
- GUDIAN G. -Die Haftung für anfängliches Unvermögen NJW 1971.
- GULLON BALLESTEROS -Curso de Derecho Civil. Madrid 1968
- GUMPERT J. -Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch. BB 1955.
- Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung. BB. 1958.
- Anspruch auf Gehalt oder Krankengeldzuschuss bei Unfall in einem zweiten Arbeitsverhältnis. BB 1960.
- Bezahlung von Mehrarbeit und Ueberstunden. BB 1961.
- Arbeitsverträge Zweckmässig Gestalten. Heidelberg 1963.

- GUNTNER -Gesetzliches und richterliches Billigkeitsrecht, unzulässige Rech--
tausübung und Verwirkung im Arbeitsrecht. AuR 1957.
- HACKER W. -Arbeitsrechtliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit Fehlzeiten ergeben. Düsseldorf-Wien 1962.
- HACKH S. -Gleitende Arbeitszeit. 1971.
- HAFFERBURG A. -Der Begriff der Fahrlässigkeit im -
Zivirecht NJW 1959.
- HANAU P. -Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit
Göttingen 1971.
- HANAU/ADOMEIT -Arbeitsrecht I. 3 edic. Frankfurt -
1974.
- HARDWIG W. -Die Zurechnung. Ein Zentralproblem
des Strafrechts. Hamburg 1957.
- HARTMANN -Die Obligation. Untersuchungen über
ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
- HECK -Grundriss des Schuldrechts. Tübingen
1929.
- HEINSHEIMER K. -Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach
paragraf 829 des Bürgerlichen Gesetz-
buche. AcP 95 (1904).

HERNANDEZ MARTIN

-Salarios por unidad de tiempo: los sueldos. En Dieciseis Lecciones - sobre salarios y sus clases. Universidad de Madrid 1971.

HERSCHEL

-Rechte und Pflichten vor Arbeitsaufnahme. RdA 1965.

HILLERT A.

-Praktische Erfahrungen mit der - - "Gleitenden Arbeitszeit" zu Beginn und Ende des Arbeitstages. Personal. Mensch und Arbeit im Betrieb. 1968.

HIPPEL (von) E.

-Reform der Haftung des Arbeitnehmers? ZRP 1971.

HISTORIA General del Trabajo. I. México-Barcelona 1965.

HOFFMANN H.J.

-Die Fragwürdigkeit der Haftung für diligentia quam in suis. NJW 1967.

-Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima. Berlin 1968.

HOLD-FERNECK

-Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. I. Jena 1903.

-Die Schuld im Rechte und in der Moral. ZStW 32.1911.

-Die Idee der Schuld. Leipzig 1911.

- HORST H.J. -Unmöglichkeit und Nichterfüllung. --
Bonn 1969.
- HUBER U. -Normzwecktheorie und Adäquanztheorie.
JZ 1969.
- Zivilrechtliche Fahrlässigkeit. Fest-
schrift für. E. Huber 1973.
- HUECK/NIPPERDEY -Lehrbuch des Arbeitsrechts I. 7 edic.
Berlin/Frankfurt 1963.
- Grundriss des Arbeitsrecht. 5 edic. Ber-
lin/Frankfurt 1970.
- IGLESIAS J. -Derecho Romano. Instituciones de De-
recho Privado. 4 edic. Barcelona 1962.
- KAUFFMANN A. -Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-
rechtsphilosophische Untersuchung. Hei-
delberg 1961.
- KAUFFMANN H. -Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis.
Heidelberg 1964.
- Arbeitsverhältnis und Schuldprinzip.
BB 1964.
- KNEVELLS P. -Die persönliche Leistungsverpflichtung
beim Leistungslohnvertrag. DB 1970.
- KOEBLER G. -Mittlere Fahrlässigkeit und dogmatis-
che Einordnung der Arbeitnehmerhaftung
AcP 169 (1969).

- KOSIOL E. -Theorie der Lohnstruktur. Stuttgart - 1928.
- Leistungsgerechte Entlohnung. Wiesbaden 1962.
- KRAMER A. E. -Das Princip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht. AcP 171 (1971).
- KRELLER H. -Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetz. AcP 125 (1925).
- KUECHENHOFF G. -Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis. AuR 1965.
- Modernisierung des Schuldbegriffs aus arbeitsrechtlichen Einsichten. AuR -- 1969.
- KUNKEL J. -Derecho Privado Romano. Barcelona 1937
- KUNKEL W. -Diligentia. SZ 45 (1925).
- LADARIA CALDENTEY -Legitimación y apariencia jurídica. - Barcelona 1952.
- LARENZ K. -Culpa in contrahendo. Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt". MDR 1954.
- Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid 1956.

- LARENZ K. -Ueber Fahrlässigkeitsmasstäte im Zi
vilrecht. Festchrift Wilburg. 1965.
- Lehrbuch des Schuldrechts. I. Mün-
chen 1970.
- LATORRE A. -Introducción al Derecho. 2 edic. -
Barcelona 1969.
- LEHMANN G. -Praktische Arbeitsphysiologie. Stu-
ttgart 1958.
- LEONHARD F. -Fahrlässigkeit und Unfähigkeit. Fes-
tgaben für Ludwig Ennecerus. Mar--
burg 1913.
- LERSCH -Aufbau der Person. 7 edic. München
1956.
- LEVENE R. -Introducción a la Historia del Dere-
cho Indiano. Buenos Aires 1924.
- LIPMANN O. -Das Arbeitszeitproblem. Berlin 1926.
- LISZT (von) -Die Deliktsobligationen im System des
BGB. Berlin 1898.
- LOEWISCH -Rechtswidrigkeit von Forderungsver-
letzungen. AcP 165 (1965).
- LOMBARDI L. -Dalla "Fides" alla "Bona Fides". Mi-
lano 1961.

- LOTMAR P. -Der Arbeitsvertrag II. Leipzig 1908.
- LLUIS Y NAVAS -La responsabilidad penal y civil por faltas de adopció*n* de medidas de pre*ve*nció*n* de accidentes de trabajo. Bar*ce*lona 1969.
- MACQUERON -Le travail des hommes libres dans -- l'antiquité romaine. Aix-en-Provence 2 edic. 1958.
- MAIHOFER W. -Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu ei-
ner personalen Unrechtslehre. Festch*ri*ft T.Rittler. Aalen 1957.
- MANRESA Y NAVARRO -Comentarios al Còdigo Civil Español. VIII.I.II.Madrid 1967.
- MARTENS H. -Grundlagen und Formen der Entlohnung Berlin 1958.
- MARTIN VALVERDE -Conflictos Colectivos. Infracció*n* de deberes laborales. Requerimiento a - la normalidad. Paros de solidaridad. Principio de igualdad de trato. Rendimiento normal. RPS nr.94 1972.
- El periódo de prueba en el contrato de trabajo. Madrid 1976.
- MARTINI R. -"Mercenarius". Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano. Milano 1958.

- MATIA PRIM -Descanso semanal y anual. Permisos. En Dieciseis Lecciones sobre la Ley de - Relaciones Laborales. Universidad de Madrid 1977.
- MAUCHER H. -Zeitlohn, Akkordlohn, Prämienlohn. -- Darmstadt 1965.
- MAURER K. -Das Direktionsrecht des AG, s. AuR 1956.
- MAX ERNST -Das Arbeitszeitproblem. Zürich-Montreux 1929.
- MAX KASER -Derecho Privado Romano. 5 edic. Madrid 1968.
- MAYER-MALY -Locatio conductio. Eine Untersuchung - zum klassischen Recht. Wien/München 1956
- Die Wiederkehr der culpa levissima. (Diagnosen und Reflexionen zur Lehre von den Fahrlässigkeitsstufen). AcP 163 - - (1964).
- MENENDEZ PIDAL J. -La culpa y su influencia en el proceso social. RDP Madrid 1947.
- MENGONI -Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi". Riv. dir. comm. I. 1954.
- MOLITOR E. -Haftung des Arbeitnehmers. (Zum Urteil des Bag v. 10.3.61). SAE 1961.

MOMMSEN F.

-Die Unmöglichkeit der Leistung.
(Beiträge zum Obligationenrecht).
Braunschweig 1853.

MONTOYA MELGAR

-El poder de direcciòn del empresario. Madrid 1965.

-La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador. Universidad de Sevilla 1967.

-Derecho del Trabajo. Concepto y evolución. Estudios sociales 1973.

-Derecho del Trabajo. Sistema de Relaciones Laborales. 1976.

MOOS P.

-Nachwirkende Vertragspflichten aus Arbeitsverhältnissen. RdA 1962.

MORENO F.

-La diligencia debida. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix VII.

MOZOS (de los)

-El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona 1965.

MUELLER G.

-Die Leistungsbegriff in Arbeitsver-
hältnis. Genf 1974.

MUENZBERG W.

-Verhalten und Erfolg als Grundlagen
der Rechtswidrigkeit und Haftung.
Frankfurt 1966.

- NEUMANN D. -Die Auskunftspflicht des Arbeitgebers.
DB 1957.
- Die Offenbarungspflicht des Arbeitneh-
mers. DB 1961.
- Das Probearbeitsverhältnis. DB 1964.
- Die gleitende Arbeitszeit. RdA 1971.
- NEUMANN/DUESBERG H. -Anfängliche Unmöglichkeit bei "Höchst
persönlichen Dienstleistungen". BB -
1970.
- NIKISCH A. -Dienstpflicht und Arbeitspflicht. Fes-
tschrift für Nipperdey. 1955.
- NIPPERDEY H.C. -Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivil--
recht. Beiheft zum Versicherungsrecht
Karlsruhe Forum 1959.
- Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahr-
lässigkeit, Schuld im Zivilrecht. NJW
1957.
- NOERR -Die Fahrlässigkeit in byzantinischen
Vertragsrecht. München 1960.
- NOWAKOWSKI F. -Freiheit, Schuld, Vergeltung. Festch-
rift für Rittler. Aalen 1957.
- OBERHOFF E. -Die Arbeitswissenschaft als Hilfsmittel
der Beurteilung menschlicher Leistung.
BB 1966.
- Der Einfluss der Lohnform auf Wirtscha-
ftlichkeit und Lohngerechtigkeit. Hei-
delberg 1973.

- OEHMANN W. -Die Haftung für typischen Arbeitnehermerschaden. DB 1964.
- OERTMANN P. -Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
- Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1928.
- OTS CAPDEQUI -Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del derecho propiamente indiano. Buenos Aires 1945.
- PALANDT -Bürgerliches Gesetzbuch, 32 edic.München 1973.
- PALME A. -Zum Begriff der gefahreneigenen Arbeit. BlfStR 1969.
- PANZER W. -Die Verantwortlichkeit für Dritte in den Vertragsverhältnissen zwischen - Sozialistischen Wirtschaftsorganisationen. Berlin 1958.
- PARIS -La responsabilité pour le custodie en droit romain. Paris 1926.
- PERA G. -Lo Sciopero e la Serrata. En Nuovo - Trattato di Diritto del Lavoro. Padova 1971.
- PEREDA J. -Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva. ADP y Ciencias Penales. 1956.

PEREZ BOTIJA

-El contrato de trabajo. Madrid --
1954.

PESO Y CALVO (del)

-Los incentivos en las Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales. En Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases. Universidad de Madrid 1971.

-Período de prueba. Traslados. En - Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales. Universidad de Madrid 1977.

PIROVANO

-Faute civil et faute pénale. Essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du code civil et la faute des articles 319-320 du code pénal. Paris 1966.

PLANCK

-Kommentar zum BGB. 4 edic. Berlin 1913.

PLEYER K.

-Arbeitnehmerhaftung und Wirtschaftsordnung. Berichte des Osteuropa-Instituts an der freien Universität Berlin. Heft 82. Berlin 1968.

PORNSCHLEGEL

-Ein Beitrag zum Thema, arbeitswissenschaftlicher Zeitakkord. BB 1965.

PREDELLA C.

-Il bonus pater familias e la sua origine agraria. Firenze 1931.

-La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato. Torino 1934.

- | | |
|--------------------|---|
| PUIG BRUTAU | -Fundamentos de Derecho Civil.I.II.
Derecho General de las obligacio--
nes. Barcelona 1959. |
| PUIG PEÑA F. | -Culpa civil. Nueva Enciclopedia Ju
rídica Seix. VI. |
| RAYON SUAREZ | -Las interrupciones no periódicas de
la prestación laboral. Madrid 1975. |
| REMPLEIN | -Psychologie der Persönlichkeit. Ba
sel 1959. |
| RIEZLER | -Venire contra factum proprium. Stu--
dien im römischen, englischen und -
deutschen Zivilrecht. Leipzig 1912. |
| RIPERT | -Le régime démocratique et le droit
civil moderne. Paris 1948 |
| RIVA SANSEVERINO | -Diritto Sindicale. 3 edic.Torino - -
1976. |
| RIVERO LAMAS | -La novación del contrato de trabajo.
Barcelona 1963.

-Indemnización (Derecho Laboral). Nue
va Enciclopedia Jurídica Seix.XI.
Instituciones del Derecho del Trabajo
Zaragoza 1977. |
| ROBERTIS (de) F.M. | -Il contratto de lavoro negli statuti
mediovali. Riv.it.scienze giur.1932. |

- ROBERTIS (de) F.M. -Rapporti di lavoro nel diritto romano. Milano 1946.
- Exactissima diligentia. Em Stud. doc.hist.iur.1957.
- "Culpa et diligentia" nella compilazione giustiniana. En Studi in onore di E.Betti II. Milano 1962.
- Lavoro e lavoratori nel mondo romano. Bari 1963.
- La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana. Bari 1964.
- RODRIGUEZ BORBOLLA -El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo. Universidad de Sevilla -- 1975.
- RODRIGUEZ DEVESA -Derecho Penal Español. Parte General. Madrid 1971.
- RODRIGUEZ PIÑERO -La relación de trabajo de duración determinada. RPS nr.50.1961.
- La dependencia y la extensión del Derecho del Trabajo. RPS nr.7 1966.
- Apuntes de Càtedra. Curso 1969/1970
- RODRIGUEZ SAÑUDO -Interrupciones de la actividad de la Empresa y derecho al salario. - Universidad de Sevilla 1975.
- ROEHSLER W. - Die Arbeitszeit. Verlin 1973.
- ROESSLER W. -Die Arbeitskraft als Rechtgut. Berlin 1932.

- ROGEL VIDE -La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español. Madrid 1977.
- ROTHE H. -Welche Pflichten ergeben sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus Verhandlungen über den Abschluss eines Arbeitsvertrages. BB 1955.
- RUBIO RUIZ -Los incentivos en los convenios colectivos. En Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases. Universidad de Madrid. 1971.
- RUEMELIN -Das Verschulden im Straf-und Zivilrecht. Tübingen 1909.
- RUESSEL A. -Arbeitspsychologie. Bern 1961.
- RUETHERS B. -Rechtsprobleme des Zeitlohnes an Tagelohngebundenen Produktionsanlagen. ZFA 1973.
- RUGGIERO -Instituciones de Derecho Civil. I, II. 4 edic. Madrid 1929.
- RUMEU DE ARMAS -La Reglamentación del trabajo indígena en las leyes de indias. RT nr.2 1963.

- RUPPERT W. -Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit. Kassel - 1961.
- SAGARDOY BENGOCHEA -El despido laboral y los expedientes de crosos. Bilbao-Deusto 1969.
- SALA FRANCO -La movilidad del personal dentro de la empresa. Madrid 1973.
- SANTOS BRIZ -La culpa en el Derecho Civil. Ampliación actual de su concepto.RDP 1967.
- La Responsabilidad Civil. (Derecho sustantivo y derecho procesal). Madrid 1970.
- SAVIGNY F.C. -Das Obligationenrecht.I.II.Berlin - 1951-1952.
- SCHAUB G. -Arbeitsrechtshandbuch 3 edic.München 1977.
- SCHEUERLE -Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeit begriff und das problem des innerbetrieblichen Schadensausgleiches.RdA 1958.
- SCHICK P. -Die Einleitende Fahrlässigkeit.OEJZ 1974.
- SCHLESMANN K. -Der Arbeitsvertrag. München 1970.

- SCHMIDT E. -Die gleitende Arbeitszeit und ihre -
rechtlichen Probleme. DB 1971.
- SCHMIDT K.H. -Die Kündigung gewerblicher Arbeitneh-
mer während der Probezeit. DB 1968.
- SCHNELLINGER F. -Leistungslohn im Handel. Betriebswir-
tschaftliche Schriften. Heft 33. Ber-
lin 1969.
- SCHNORR von CA- -Arbeitsrecht 2 edic. Göttingen 1954.
ROLSFELD
- SCHREIER F. -Schuld und Unrecht. Brunn 1935.
- SCHULTZ R. -Grundfragen der gleitenden Arbeitszeit
DB 1971.
- SCHWERDTNER P. -Welche gesetzlichen Massnahmen sind -
vordringlich und die Gleichstellung -
der Frauen mit den Männer im Beruf zu
gewährleisten? JZ 1974.
- SERRANO MARTINEZ -La Ley de Relaciones Laborales y la -
extinción del contrato de trabajo por
voluntad del trabajador. En Diecisie-
te Lecciones sobre la Ley de Relacio-
nes Laborales. Universidad de Madrid
1977.
- SIBER H. -Der Rechtszwang im Schuldverhältnis -
Leipzig 1903.
- Grundriss des Schuldrechts. Leipzig -
1931.

- SINZHEIMER H. -Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht. 1922. En Arbeitsrecht und Rechtssoziologie I. Frankfurt/Köln 1976.
- SOELLNER A. -Ohne Arbeit kein Lohn. AcP 167 -- (1967)
- Der Zusammenhang von Arbeitsleistung und Arbeitszeit. AuR 1967.
- Arbeitsrecht. 1 edic. 1969; 5 edic. 1975 Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz.
- STAUNDIGER/NIPPER-DEY/MOHNEN -Kommentar zum BGB. II. Recht der Schuldverhältnisse. 11 edic. Berlin 1958
- STEINDORFF E. -Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer. JZ 1959.
- Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden. AuR 1966.
- STEINWEDEL W. -Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Sonderurlaub. DB 1964.
- STERN W. -Ermessen und unzulässige Ermessensausübung. Berlin 1964.
- STERNBERG -Einführung in die Rechtswissenschaft Leipzig 1912.
- STOLL H. -Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Berlin-Tübingen, 1961.

- STOLL H. -Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte. AcP 162 (1963).
- Anmerkung zum Urteil des BGH v.5.3.63 (BGHZ 39,156) JZ 1964.
- SUAREZ GONZALEZ -La terminación del contrato de trabajo. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1967.
- La indisciplina como causa de despido. en Dieciseis Lecciones sobre causas de despido. Universidad de Madrid 1969.
- THIELE W. -Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung: zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts. JZ 1967.
- TIMME H. -Die analytische Beurteilung individueller Leistung im Betrieb als Grundlage leistungsabhängiger Entlohnung. REFA Nachrichten H.3 1956.
- TITZE H. -Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutsch. bürgerl. Recht. Leipzig 1900.
- Richtermacht und Vertragsinhalt. Tübingen 1921.
- TRAVIESAS -La culpa. RDP 1926.
- TUNC -Distinzione oblig.risultato e ob.diligenza. Nuova.Riv.dir.comm.I. 1947-1948.

VALDES DAL-RE

-Jornada laboral y horarios de trabajo. En Dieciseis Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales. Universidad de Madrid 1977.

VIDA SORIA

-La suspensión del contrato de trabajo Madrid 1965.

-La ineptitud. En Dieciseis Lecciones sobre causas de despido. Universidad de Madrid 1969.

VIÑAS MEY

-El Derecho Obrero en la colonización española. Buenos Aires 1924.

-El Estatuto del obrero indígena en la Colonización española. Madrid 1929

WAHL A.

-Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadenersatzrecht (ein Arbeitsbericht des Untersuchungsausschusses für - - Schadensrecht der Akademie für Deutsches Recht. München/Berlin 1940.

WEILBAUER A.

-Die ergänzenden Leistungspflichten -- nach Treu und Glauben. Manheim-Berlin-Leipzig 1922.

WELZEL

-Das deutsche Strafrecht. 5 y 7 edic. Berlin 1956.

-Das neue Bild des Strafrechtssystems. 3 y 7 edic. Göttingen 1957/1961.

WENDT O.

-Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. BGB 276. AcP 87 (1897).

- WEYL R. -System der Verschuldensbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. München 1905.
- WHITE F. W. -Estimulo econnómico y rendimiento laboral. Madrid 1961.
- WIEACKER F. -Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht. Festchrift Nipperdey I 1965.
- WIEDEMANN H. -Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis. Karlsruhe 1966
- WIESE G. -Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen. Festchrift für Nipperdey I. München 1965.
- WIETHOELTER R. -Der Rechtsfertigungsgrund der verkehrsrichtigen Verhaltens. Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht. Karlsruhe 1960.
- WILBURG W. -Die Elemente des Schadensrechts. Marburg 1941.
- WITTHOLZ A. -Zur Begriff des Verschuldens bei Krankheit. BB 1958.
- WLOTZKE -Leistungspflicht und Person des Arbeitnehmers in der Dogmatik des Arbeitsvertrages. RdA 1965.

- WOLF E. -Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden. AcP 153 (1953).
- Zur Geschichte der "diligentia quam suis". IURA.6.Napoli 1955.
- WOLF M. -Kündigung vor Arbeitsantritt und Schadensersatz JUS 1968.
- WOLFF K. -Verbotenes Verhalten. Ein Beitrag zu - den allgemeinen Lehren des Privat- und Strafrechts wie auch zur Rechtslogik. - Wien-Leipzig 1923.
- WOLLSCHLAEGER CH. -Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Köln/Wien 1970.
- WUSSOW W. -Zur Lehre von der Sozialadäquanz. NJW. 1958.
- ZIPPELIUS -Erfolgsunrecht oder Handlungsrecht? NJW 1957.
- ZITELMANN -Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. - Leipzig 1900.
- ZEUNER A. -Gedanken über Bedeutung und Stellung -- des Verschuldens im Zivilrecht. JZ 1966

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AG	Empresario.
AN	Trabajador.
AP	Arbeitsrechtliche Praxis.
ArbG	Arbeitsgericht.
ARsT	(Arbeitsrecht in Stichworten. Arbeitsrechtli-
ARsTW	(che Entscheidungssammlung.
	(
AuR	Arbeit und Recht.
AZO	Arbeitszeitordnung.
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts.
BB	Der Betriebsberater.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zi- vilsachen.
BIDR	Bulletino dello Istituto di Diritto Romano.
BlfStR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht.
CC	Código Civil.
CCS	Convenio Colectivo Sindical.
CdC	Código de Comercio.
CP	Código Penal.
D	Digesto
DB	Der Betrieb.
DDR	Deutsche Demokratische Republik.
DLRT	Decreto/Ley de Relaciones de Trabajo.

HGB	Handelsgesetzbuch.
LURA	Rivista Internazionale Di Diritto Romano e Antico.
Jher.Jharb.	Jherings Jahrbücher.
JUS	Juristische Schulung.
JW	Juristische Wochenschrift.
JZ	Juristenzeitung.
LAG	Landesarbeitsgericht.
LCT	Ley de Contrato de Trabajo.
LRL	Ley de Relaciones Laborales.
LSS	Ley de Seguridad Social.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht.
MM	Mater et Magistra.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
OM	Orden Ministerial.
OOMM	Ordenes Ministeriales.
RdA	Recht der Arbeit.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDT	Revista de Derecho del Trabajo.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil sachen.
Riv.dir.civ.	Rivista del Diritto Civile.
Riv.dir.comm.	Rivista del Diritto Commerciale.
Nuova Riv.dir.comm.	Nuova Rivista del Diritto Commerciale.
Riv.it.scienze giur.	Rivista Italiana Scienze Giuridica.
RNT	Reglamentación Nacional del Trabajo.
RPS	Revista de Política Social.
RT	Revista de Trabajo.
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen.

SS	Seguridad Social.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil-und Justizverwaltungss <u>a</u> chen.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TS	Tribunal Supremo.
VersR	Versicherungsrecht.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissens- chaft.